DIE PRÜFUNG VON RECHTSWEG- UND ZUSTÄNDIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Norbert Dörner

aus Berlin

Göttingen 1968

1967

DIE PRÜFUNG VON RECHTSWEG- UND ZUSTÄNDIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Norbert Dörner

aus Berlin

Göttingen 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Henckel
Mitberichterstatter: Professor Dr. Michaelis
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1967

Gliederung

Einleitung 9

1. Kapitel

Örtliche und sachliche Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit

A. Das Problem 10

B. Die Zuständigkeitsbestimmungen der Zivilprozeßordnung 14

I. Örtliche Zuständigkeit 14

a) §§ 13 bis 22 und §§ 24 bis 28 ZPO 14

1. Das Erfordernis der Prüfung der Schlüssigkeit der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen 14

2. Die Beweiserhebung über die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen 15

b) Der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO) 16

c) §§ 29 bis 32 ZPO 20

1. Schlüssigkeitsprüfung 20

aa) Prüfung der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen im Zuständigkeitsstreit? 21

bb) Prüfung der Schlüssigkeit der Qualifikation des Anspruchs 24

cc) Prüfung der Schlüssigkeit der örtlichen Beziehung des Anspruchs . . . 28

dd) Ergebnis 28

2. Beweiserhebung 29

aa) Abgrenzung der Beweisfrage 29

bb) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) 33

α) Zur Auffassung Kohlers 33

β) Die einzelnen Fallgruppen 38

1) Der Kläger behauptet die Vereinbarung eines Erfüllungsortes. . . 38

2) Der Beklagte behauptet die Vereinbarung eines Erfüllungsortes 43

3) Der Erfüllungsort ergibt sich aus der Natur des Klaganspruchs . . . 44

4) Der gesetzliche Erfüllungsort . . 44

γ) Ergebnis 45
cc) Der Gerichtsstand des Meß- und Marktortes (§ 30 ZPO) 46
dd) Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (§ 31 ZPO) 47
ee) Der Gerichtsstand des Begehungsortes der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) . 48
ff) Allgemeine Bemerkungen zu den §§ 29 bis 32 ZPO 50
α) Zur Beweisaufnahme 50
β) Zur Formel der herrschenden Meinung 51
γ) Die Entscheidung bei Mißlingen des Beweises der zusammenfallenden zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen 53
II. Sachliche Zuständigkeit 55
III. Die Prorogation 57
IV. Ergebnis 60

2. Kapitel

Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

A. Uberblick über die Lösungsmöglichkeiten 61
B. Prüfung der Schlüssigkeit der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen 63
C. Die Beweisfrage 70
I. Der Meinungsstand 70
II. Zur Rechtskraftwirkung der klagabweisenden arbeitsgerichtlichen Sachurteile bei einander ausschließenden Rechtsverhältnissen 80
III. Untersuchung der Beweisfrage an Hand der einzelnen Fallgestaltungen 87
a) Ausschließlich zuständigkeitsbegründende Umstände 87
b) Insbesondere Art. 3 HVG 88
c) Die rechtliche Qualifikation des Klaganspruchs berührt lediglich die Zuständigkeit 91
d) Die Qualifikation des in abstracto aus mehreren einander ausschließenden Gesichtspunkten begründbaren Klaganspruchs wird in concreto für die Begründetheit bedeutsam 93
e) Der Klaganspruch ist generell nur aus einem Rechtsverhältnis begründbar 97

f) Der Klaganspruch kann zugleich aus mehreren rechtlichen Gesichtspunkten hergeleitet werden (Fall des mehrgleisigen Klaganspruchs) 105

D. Ergebnis 110

3. Kapitel

Die Zulässigkeit des Rechtswegs

A. Vergleich der Rechtswegprüfung mit der Zuständigkeitsprüfung im Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten 112

B. Schlüssigkeitsprüfung 115

I. Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht des Klägers 115

II. Die Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium im allgemeinen 118

III. Die Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium bei Amtshaftungsklagen 118

IV. Zur Frage der Berücksichtigung der Einlassung des Beklagten bei der Rechtswegprüfung 122

a) Das Problem 122

b) Untersuchung der von Tiedau gegen eine Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens angeführten Reichsgerichtsentscheidungen 125

1. RGZ 84, 86 125

2. RGZ 100, 219 127

3. RGZ 106, 149 128

4. RGZ 146, 244 129

5. Zusammenfassung 129

c) Ergebnis 130

C. Beweiserhebung 131

I. Der Meinungsstand 131

II. Kritik 133

III. Untersuchung der Rechtsprechung 136

a) Allgemeines 136

b) Insbesondere die negatorische Abwehrklage . . 139

c) Zusammenfassung 142

D. Ergebnis 143

4. Kapitel

Die Verfahrensmaxime der Rechtsweg- und Zuständigkeitsprüfung (Die Prüfung von Amts wegen)

A. Zur Bedeutung der "Prüfung von Amts wegen" 144
B. Die Prüfung von Amts wegen als Stoffsammlungsgrundsatz im Zivilprozeß 146
I. Abgrenzung vom Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz 146
a) Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz . . 146
b) Durchführung der Prüfung von Amts wegen . . 147
1. Einführung des Tatsachenstoffes 148
2. Beweisbedürftigkeit 150
3. Beschaffung der Beweismittel 153
c) Die Auffassung v. Webers 154
II. Der Grundgedanke der Prüfung von Amts wegen . . 156
C. Die Prüfung von Amts wegen im Verwaltungsprozeß. . 158
D. Ergebnis 163
E. Das Beweisverfahren 163

Zusammenfassung der Ergebnisse 169

Literaturverzeichnis 171

Einleitung

Die Zuständigkeit eines Gerichts und die Zulässigkeit des Rechtswegs sind Prozeßvoraussetzungen, ohne deren Vorliegen das Gericht eine Sachentscheidung nicht treffen kann. Zweifelhaft ist jedoch, welche Elemente vorliegen müssen, damit diese Voraussetzungen erfüllt sind. Man stellt die Frage: Genügt es, daß der Kläger die Voraussetzungen der Zuständigkeit oder der Zulässigkeit des Rechtswegs nur behauptet oder muß er sie schlüssig behaupten oder gar beweisen? Inwieweit bedarf es also im Zuständigkeits- oder Rechtswegstreit einer Beweisaufnahme, inwieweit ist davon abzusehen und nur auf die schlüssige oder gar unschlüssige Behauptung abzustellen? Aktualität hat diese Frage heute wieder durch die nicht einheitliche Rechtsprechung der Arbeitsgerichte - auch des Bundesarbeitsgerichts - zur Zuständigkeitsprüfung erlangt. Sie stellt sich aber gleichermaßen auch bei den anderen Gerichten. Wegen des Sachzusammenhangs erscheint es angebracht, die Untersuchung nicht nur auf Zuständigkeitsfragen zu beschränken, sondern auch die Zulässigkeit des Rechtswegs mit einzubeziehen. Es wird sich hierbei zu zeigen haben, ob die für die Prüfung dieser Prozeßvoraussetzung verwandten, von der Prüfung der Zuständigkeit abweichenden Formulierungen auch in der Sache zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und ob eine unterschiedliche Behandlung der Prozeßvoraussetzungen Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs gerechtfertigt ist.

Nach der Erörterung der Frage, was das Gericht im Zuständigkeits- bzw. Rechtswegstreit zu prüfen hat, soll abschließend der Frage nachgegangen werden, wie, nach welchen Maximen, diese Prüfung vorzunehmen ist.

1. Kapitel

Örtliche und sachliche Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit

A. Das Problem

Bei der Prüfung seiner Zuständigkeit stellt sich für das Gericht zunächst die Frage, ob der Kläger die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen schlüssig darzulegen hat. Die allgemeine Meinung beantwortet diese Frage dahin, daß bloße Rechtsausführungen nicht genügten, um die Zuständigkeit zu begründen; die tatsächlichen Angaben des klägerischen Vorbringens hätten vielmehr bei zutreffender rechtlicher Würdigung das Vorliegen der Zuständigkeit zu ergeben. [1] Diese Auffassung liegt darin begründet, daß die rechtliche Würdigung in unserem Prozeßrecht allein Aufgabe des Richters ist (iura novit curia). Dies hat auch das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 8. 12. 1959 [2], in dem es sich von seiner früheren Recht - sprechung abwandte, herausgestellt, wo es ausführt, unser Prozeßrecht im allgemeinen und die ZPO im besonderen enthielten das Prinzip der Trennung von Tatsachen und Rechtsansichten; Sache der Parteien sei es, den Tatsachenstoff beizubringen, und Sache des Gerichts, das Recht darauf anzuwenden; das Gericht sei an Rechtsausführungen der Parteien nicht gebunden, es dürfe sich keine Rechtsansicht einer Partei zu eigen machen, die es für unrichtig halte. Dieser Grundsatz gelte all-

---

1) Schönke-Schröder-Niese, § 37 IV, S. 180; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12; Rosenberg, § 38 I 1, S. 151; Hellwig, Lehrbuch, S. 179; RG, Urteil vom 23. 6. 1891, Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen 16, 543, vom 6. 6. 1904, RGZ 58, 244 (246), vom 21.3.1912, JW 1912, 643, vom 14. 11. 1912, JW 1913, 202 = Warn. 1913 Nr. 53, vom 25. 1. 1918, Warn. 1918 Nr. 169, vom 12. 12. 1918, RGZ 95, 268 (270), vom 27. 11. 1919, Warn. 1920 Nr. 60, vom 30. 6. 1930, RGZ 129, 175 (179); BGH, Urteil vom 10. 2. 1955, BGHZ 16, 275 (281).

2) BAG 8, 260 (265) = AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

gemein und daher auch für die Prüfung der Zuständigkeit.

Hiermit steht zwar fest, daß die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen schlüssig dargelegt werden müssen. Es fragt sich aber, was im einzelnen zu einer solchen Schlüssigkeitsprüfung gehört. Ist etwa - um die in diesem Zusammenhang am meisten erörterte Bestimmung anzuführen - im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung zu prüfen, ob der Anspruch schlüssig begründet ist? Oder soll die Möglichkeit einer schlüssigen Begründung ausreichen? Soll man mit Wieczorek [3] den Schlüssigkeitsmangel dann für unbeachtlich halten, wenn die Klage aus unerlaubter Handlung mangels Schlüssigkeit abzuweisen wäre, eine andere rechtliche Beurteilung aber nicht in Betracht kommt? Offensichtlich bedarf der Satz, daß die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts schlüssig behauptet sein müsse und es auf die Rechtsansicht des Klägers auch im Zuständigkeitsstadium nicht ankomme, noch einer genaueren Festlegung. [4]

Ergibt der klägerische Vortrag schlüssig die Zuständigkeit des Gerichts, so ist weiter zu fragen, ob und inwieweit die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen im Zuständigkeitsstreit zu beweisen sind. Im allgemeinen unterscheidet man hier, ob es sich um ausschließlich zuständigkeitsbegründende Tatsachen handelt oder nicht. Nach der Formel der herrschenden Meinung bedürfen die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen dann keines Beweises,

---

3) § 12 Anm. B I a; vgl. auch Volkmar, RdA 1950, 15. Nach Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 3 vor § 12, soll darüber hinaus das angerufene Gericht auch dann zuständig sein, wenn der Kläger ernstlich auf einer entsprechenden Qualifizierung seines Anspruchs besteht.

4) So auch Pohle, Anm. 2 zu BAG AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

wenn und soweit sie mit den anspruchsbegründenden Tatsachen zusammenfallen. [5] Grundlegend hierfür ist das Urteil des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 11. 3. 1892 [6], in dem das Gericht aussprach, daß die dem Geiste des Gesetzes entsprechende Auffassung zwischen der Ansicht, die in allen Fällen den Nachweis der kompetenzbegründenden Tatsachen verlange, und der Ansicht liegen müsse, die in allen Fällen die Behauptung der kompetenzbegründenden Tatsachen genügen lasse. Andere Autoren stellen - ohne daß sie gegen die Formel der herrschenden Meinung Stellung nehmen - darauf ab, ob sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur oder Art des erhobenen Anspruchs richtet oder ob sie auf anderen Merkmalen beruht; nur in letzterem Fall komme ein Beweis in Betracht. [7] Es wird also hinsichtlich des Beweises jeweils nach bestimmten Gesichtspunkten unterschieden. Die Auffassung, daß in jedem Fall die schlüssigen Behauptungen genügen müßten, wird nicht vertreten. Als Anhänger einer solchen Ansicht wird wiederholt

---

5) Schönke-Schröder-Niese, § 38 IV, S. 183; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12; Baumbach-Lauterbach, 3 C vor § 12; Wieczorek, § 12 Anm. B II a 1; Lüke, AöR 84, 191; Rupp, AöR 85, 165 f.; Volkmar, Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und zu LAG Hamburg AP 50 Nr. 194; RG, Urteil vom 11. 3. 1892, RGZ 29, 371, vom 1. 7. 1899, JW 1899, 531 f. = Gruchot 44, 1150 (1151), vom 30. 5. 1905, RGZ 61, 69 (70 f.), vom 19. 1. 1911, RGZ 75, 147 (149), vom 26. 5. 1913, JW 1913, 926 = Gruchot 58, 473 = Warn. 1913 Nr. 387, vom 12. 12. 1918, RGZ 95, 268 (270), vom 11. 4. 1919, Warn. 1919 Nr. 201; BGH, Urteil vom 24. 9. 1952, BGHZ 7, 184 (186), vom 9. 12. 1963, AP Nr. 27 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = LM Nr. 2 zu HGB/AndG 1953 = NJW 1964, 497 (498); vgl. auch RG, Urteil vom 6. 12. 1893. SA 49 Nr. 194, vom 22. 4. 1901, JW 1901, 396 Nr. 3 = Gruchot 45, 1105, vom 8. 1. 1902, JW 1902, 125, wonach die Behauptung ausreichen soll, wenn der Nachweis der Zuständigkeit völlig mit dem Nachweis des Klagetatbestandes zusammenfalle.

6) RGZ 29, 371.

7) Rosenberg, § 38 I 2, S. 151 f.; Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 38 f.; Kohler, AcP 70, 233 ff., 241 ff., 248.

Kohler genannt [8], der jedoch die Kompetenz nach Maßgabe des Klagebegehrens von der Kompetenz trennt, die sich nicht aus dem Klagebegehren ergibt, sondern aus einer anderen - vom Klagebegehren unabhängigen - Tatsache abgeleitet ist. Für erstere soll die Tatsache des Klagebegehrens als solche genügen, für letztere aber soll es des faktischen Vorhandenseins der betreffenden Kompetenztatsachen, also des Beweises, bedürfen. [9] Kohler bewegt sich also durchaus in den Bahnen der herrschenden Auffassung; seine Abweichung von dieser besteht lediglich in einer anderen rechtlichen Einordnung des Erfüllungsortes. [10]

Andererseits weichen aber auch die in der älteren Literatur aufgetretenen Kritiker der herrschenden Formel im Ergebnis nicht von dieser Meinung ab. So hat beispielsweise Stein [11] eingewandt, die Formel, die auf einen Beweis der Zuständigkeitstatsachen verzichte, wenn diese zugleich Bestandteil des Klagegrundes seien, gelte gerade für die örtliche Beziehung des behaupteten Tatbestandes nicht; diese Beziehung müsse nämlich bewiesen werden. Seine Kritik unterstellt aber, daß die örtliche Beziehung des Anspruchs zugleich zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsache ist [12], was - wie noch

---

8) So Baumgärtel, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, Scheuerle, JZ 1965, 65 Fußnote 3; vgl. weiter Sauer, Grundlagen, S. 408; R. Schmidt, S. 681 Fußnote 2; Seuffert-Walsmann, 5 vor § 12; Hellwig, Lehrbuch II, S. 179 Fußnote 23 (in den Fällen, auf die Hellwig verweist - Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, S. 180 Fußnote 28 und System, S. 134 Fußnote 5 - fordert Kohler, AcP 70, 234 f. = Beiträge, S. 101, gerade den Kompetenznachweis).

9) Vgl. Kohler, AcP 70, 233 ff., 241 ff., 248.

10) Hierzu s. näher unten S. 33ff. (35).

11) Stein-Juncker, S. 100.

12) S. Stein, Gruchot 28, 433 f., 437.

näher zu zeigen sein wird - nach herrschender Auffassung nicht der Fall ist. [13]

Ob und inwieweit die oben genannten Auffassungen - Kriterium des Zusammenfallens der zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen bzw. der sich nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs richtenden Zuständigkeit - zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen und wie sie im Einzelfall durchgeführt werden, soll die Untersuchung an Hand der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften der Zivilprozeßordnung zeigen.

B. Die Zuständigkeitsbestimmungen der Zivilprozeßordnung

I. Örtliche Zuständigkeit

a) §§ 13 bis 22 und §§ 24 bis 28 ZPO

1. Unproblematisch ist die Zuständigkeitsprüfung in den Fällen, in denen die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen mit den anspruchsbegründenden Tatsachen überhaupt nichts zu tun haben. Klagt der Kläger beispielsweise mit der Behauptung, das angegangene Gericht sei als Gericht des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes des Beklagten zuständig, weil der Beklagte im Gerichtsbezirk ein Hotelzimmer gemietet habe oder eine kurze Haftstrafe verbüße, so muß die Klage als unzulässig abgewiesen werden, weil die Zuständigkeitstatsachen nicht schlüssig dargelegt sind: denn wer ein Hotelzimmer auf unbestimmte Zeit nimmt, nimmt damit noch nicht seinen Aufenthaltsort dort, und ebensowenig begründen kurze Haftstrafen

---

13) Die herrschende Formel ablehnend auch Hellwig, Lehrbuch II, S. 180, System I, S. 134; Förster-Kann, 2 b vor § 12; Sauer,Grundlagen, S. 409.

einen Aufenthaltsort. [14] Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Kläger die Belegenheit der Sache im Gerichtsbezirk nicht schlüssig darlegt (§§ 24 bis 26 ZPO).

Unschlüssig ist das Vorbringen des Klägers auch dann, wenn der Beklagte vorträgt, er sei vor Zustellung der Klage in einen anderen Gerichtsbezirk verzogen, und der Kläger dieses Vorbringen nicht bestreitet. Denn was der Kläger nicht bestreitet, ist Teil seines Vorbringens. [15]

2. Auch die Beweiserhebung bereitet keine Schwierigkeiten. Behauptet der Kläger, der Beklagte habe im Bezirk des angegangenen Gerichts seinen Wohnsitz oder doch seinen Aufenthaltsort, so herrscht im Streitfall über das Verfahren Einhelligkeit: der Kläger hat im Zuständigkeitsstreit den Beweis zu führen, daß der Beklagte im Gerichtsbezirk Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. [16] Denn hier fallen die den Wohnsitz oder Aufenthaltsort begründenden Tatsachen mit den klagebegründenden Tatsachen nicht zusammen, sie haben mit ihnen nichts zu tun, ergeben sich vielmehr nur aus einer besonderen Beziehung zum Gerichtsbezirk. Wäre es anders und würde man einen Beweis nicht für erforderlich halten, könnte der Kläger mit der bloßen Behauptung, der Beklagte habe im Gerichtsbezirk Wohnsitz oder Aufenthaltsort, die gesetzliche

---

14) Wieczorek, § 16 Anm. A II.

15) Vgl. Brauer, NJW 1956, 741; Brauer-Schneider, S. 82; Berg, JR 51, 613 und Gutachten und Urteil, S. 31, 49, 58, 122. Diese Frage ist am häufigsten bei der Zulässigkeit des Rechtswegs erörtert worden; zu den dort vertretenen Auffassungen wird bei der Behandlung der Rechtswegprüfung noch eingehender Stellung zu nehmen sein, vgl. unten S. 122 ff.

16) Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 39; Nikisch, § 26 I 2, S. 103 und Anm. zu LAG Hamm AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; R. Schmidt, S. 680; Seuffert-Walsmann, 5 vor § 12; Zöller, 2 vor § 12; Petersen, Gruchot 37, 1; Kohler, AcP 70, 243; RG, Urteil vom 11. 3. 1892, RGZ 29, 371 (373).

Zuständigkeitsordnung ohne weiteres aus den Angeln heben.

Dies gilt für alle allgemeinen Gerichtsstände (§§ 13 bis 19 ZPO). Es gilt für den Streit um den Aufenthaltsort des § 20 ZPO wie für den um den Ort der Niederlassung des § 21 ZPO. Nicht anders ist es in den Fällen der §§ 22 und 24 bis 26 ZPO, obwohl hier die Beweislast des Klägers kaum praktisch wird: auch hier ist er, sollte ein Streit über die Voraussetzungen der Zuständigkeit entstehen, zum Nachweis verpflichtet, daß die in Frage stehende Körperschaft im Bezirk des angegangenen Gerichts ihren allgemeinen Gerichtsstand - d.h. den in § 17 erwähnten Sitz - hat bzw. daß die streitige Sache in diesem Bezirk gelegen ist. Weiter muß der Kläger im Falle der §§ 27 f. ZPO, falls die Zuständigkeit des Gerichts bestritten wird, beweisen, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand (§ 27 Abs. 1) bzw. seinen letzten inländischen Wohnsitz (§ 27 Abs. 2) in dessen Bezirk gehabt hat. [17]

b) Der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO)

Im Gerichtsstand des Vermögens hat der Kläger schlüssig darzulegen, daß sich im Bezirk des inländischen Gerichts Gegenstände befinden, die zum Vermögen des Beklagten gehören.

Meinungsverschiedenheiten haben sich bei diesem Gerichtsstand darüber ergeben, was der Kläger im Zuständigkeitsstadium zu beweisen hat. Die Literatur nimmt hier zwar ohne Einschränkung an, daß der Kläger das Vorhandensein von Vermögen im Streitfall beweisen müsse. [18] Jedoch hat der 1. Zi-

---

17) Vgl. zu allen diesen Fällen Petersen, Gruchot 37, 1 f. Zum Gerichtsstand der Erbschaft s. auch Kohler, AcP 70, 234.

18) Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 39; Nikisch, § 26 I 2, S. 103; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; Seuffert-Walsmann, 5 vor § 12; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 3 vor § 12; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12; Wieczorek, § 23 Anm. C I a; Kohler, AcP 70, 243 Fußnote 51; Petersen, Gruchot 37, 2.

vilsenat des Reichsgerichts in einem Urteil vom 1. 7. 1899 [19] die Behauptung des Klägers dann genügen lassen, wenn die kompetenzbegründenden Tatsachen mit den klagebegründenden Tatsachen zusammenfielen. Im entschiedenen Fall hatte der Kläger Zahlung des Kaufpreises von dem im Ausland wohnenden Beklagten verlangt, der die ihm angeblich verkauften Stoffe als nicht bestellt an den Wohnort des Klägers zurückgeschickt hatte. Der vom Kläger behauptete Abschluß des Kaufvertrages war hier sowohl für die Zuständigkeit - Eigentum des Beklagten an den übersandten Stoffen (nach ALR) und Anspruch des Beklagten gegen den Inländer, bei dem die Stoffe für den Beklagten niedergelegt waren - als auch für die Begründung des Zahlungsanspruchs des Klägers entscheidend. Unter Berufung auf die Formel, die beim Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen im Zuständigkeitsstreit keinen Beweis verlangt, begnügte sich das Reichsgericht für die Begründung des Gerichtsstandes des Vermögens mit der Behauptung, der Kaufvertrag sei abgeschlossen worden. Die gleichen Grundsätze werden auch in einem Urteil desselben Senats vom 11. 5. 1892 [20] herangezogen. Das Eigentum an der vom inländischen Verkäufer dem ausländischen Käufer übersandten Ware sollte hier mit der Übergabe an die Bahn auf den Käufer übergehen, jedoch unter der auflösenden Bedingung, daß das Eigentum an den Verkäufer zurückfalle, wenn der Käufer die Ware wegen nicht ordnungsgemäßer Erfüllung mit Recht zur Verfügung stelle. Der Käufer verweigerte die Annahme. Der Verkäufer nahm für seine Klage auf Erfüllung den Gerichtsstand des Vermögens - seinen Wohnort - deshalb in Anspruch, weil sich dort die zurückgelangte, dem Käufer - wegen der angeblich unberechtigten Annahmeverweigerung - gehörige Ware befand. Von der Berechtigung der Annahmeverweigerung hing hier die

---

19) JW 1899, 531 = Gruchot 44, 1150.

20) Gruchot 36, 1198.

Entscheidung über die Zuständigkeit wie über den Klaganspruch ab. Allerdings ist es zweifelhaft, ob das Reichsgericht hier wirklich mit dem Genügenlassen der Behauptung Ernst macht; denn es heißt in dem Urteil, "daß der Berufungsrichter die für die Hauptsache erheblichen Tat- und Rechtsfragen zu erörtern und danach seine Entscheidung, e v e n t u e l l in der Hauptsache, zu treffen hatte, nach der bisherigen Sachlage aber eine Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts nicht erfolgen durfte." [21)]

Gegenüber diesen Urteilen des Reichsgerichts ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Zivilprozeßordnung im § 23 eindeutig das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Inland voraussetzt. Dazu gehört aber nicht nur, daß der betreffende Ort im Inland liegt und daß sich die Gegenstände an diesem inländischen Ort befinden - dies war in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen unstreitig -, sondern auch, daß die an diesem Ort befindlichen Gegenstände zum Vermögen des Beklagten gehören. Dies muß im Streitfall bewiesen werden. Dafür, daß in bestimmten Fällen die Behauptung des Klägers genügen soll, läßt das Gesetz keinen Raum. Dadurch, daß zufällig im Begründetheitsstadium dieselben Fragen zu entscheiden sind, kann an der Beweispflicht im Zuständigkeitsstreit nichts geändert werden. [22)]

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man mit der u.a. von Rosenberg [23)] vertretenen Auffassung eine Beweiserhebung nur insoweit nicht in Betracht kommen läßt, als sich die Zu-

---

21) Gruchot 36, 1201 (Hervorhebung vom Verf.). Das Urteil ist mit dem von Petersen, Gruchot 37, 2 Fußnote 2 - fälschlicherweise mit 11. 3. 1892 - aus dem Sächs. Arch. Band 2 S. 370 Nr. 2 zitierten Urteil identisch, im Sächsischen Archiv fehlt jedoch der im Text zitierte Satz.

22) So zutreffend Petersen, Gruchot 37, 2; gegen RG JW 1899, 531 auch Wieczorek, § 23 Anm. C I a.

23) § 38 I 2, S. 151 f.; vgl. auch die in Fußnote 7 Genannten.

ständigkeit nach der Rechtsnatur bzw. Art des erhobenen Anspruchs richtet. Denn der Umstand, daß der Beklagte im Bezirk des inländischen Gerichts Vermögen besitzt, hat mit der Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs nichts zu tun. Zutreffend hat daher auch der 2. Zivilsenat in den Urteilen vom 25. 1. 1881 [24] und 16. 12. 1890 [25] anders als der 1. Zivilsenat in ähnlich gelagerten Fällen die Behauptung des Klägers nicht genügen lassen. In dem zuletzt genannten Urteil ging es ebenfalls um die Berechtigung der Mängelrüge des Käufers. Hier hielt der auf Rückzahlung des Kaufpreises klagende Käufer den Gerichtsstand des Vermögens deshalb für gegeben, weil er in dem angeblichen Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der Ware einen dem § 23 ZPO entsprechenden Vermögensbesitz sah. Das Reichsgericht führte hierzu aus, dem Beklagten könne ein solcher Anspruch durch das einseitige Vorbringen des Klägers nicht erwachsen. Im Urteil vom 25. 1. 1881 heißt es, die Tatsache, daß im Zuständigkeitsstadium dieselben Tat- und Rechtsfragen auszutragen seien, führe noch keineswegs dahin, dem Kläger die Widerlegung der Zuständigkeitseinrede abzuschneiden. Die Verhandlung über die Einrede sei der Verhandlung über die Hauptsache nicht gleichzuachten, da das über die Einrede gefällte Urteil noch nicht die Hauptsache entscheide, möge auch die Verwerfung der Einrede immerhin schon im voraus erkennbar machen, wie der Rechtsstreit in der Hauptsache endigen werde. [26] Beide Entscheidungen des 2. Zivilsenats liegen - anders als die davon abweichenden Urteile des 1. Zivilsenats - zeitlich vor dem grundlegenden Urteil des 3. Senats vom 11. 3. 1892 [27] auf das die herrschende Formel, die in den erörterten Fällen

---

24) RGZ 3, 381.

25) RGZ 27, 393.

26) RGZ 3, 381 (383 f.). In den ebenfalls Beweis fordernden Urteilen vom 19. 1. 1901, RGZ 75, 147 (149) und vom 20. 3. 1925, RGZ 110, 315 (317) hingen anspruchs- und zuständigkeitsbegründende Tatsachen nicht zusammen.

27) RGZ 29, 371.

zu unzutreffenden Ergebnissen gelangt,[28] zurückgeht. Der Auffassung von Rosenberg, die diese Ergebnisse vermeidet, ist deshalb der Vorzug zu geben.

Als Ergebnis ist hiernach festzuhalten, daß der Kläger im Gerichtsstand des Vermögens schlüssig darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, daß sich im Bezirk des inländischen Gerichts Vermögen des Beklagten befindet - dies auch dann, wenn zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen.

c) §§ 29 bis 32 ZPO

Eine besondere Gruppe innerhalb der Zuständigkeitsvorschriften der Zivilprozeßordnung nehmen die §§ 29 bis 32 ein. Es handelt sich hier um Fälle, in denen sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs richtet, die Zuständigkeit also an zum Klagegrund gehörende Umstände geknüpft ist. Es sind, um mit der Beweisformel der herrschenden Meinung zu sprechen, die Fälle, in denen es zu einem Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen kommt.

1. Schlüssigkeitsprüfung

Im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung wird im allgemeinen darauf hingewiesen, daß die rechtliche Würdigung durch den Kläger auch hier bedeutungslos sei und der Richter vielmehr zu prüfen habe, ob der Anspruch die für die Zuständigkeit vorausgesetzte Rechtsnatur auch wirklich habe.[29]

---

28) Zu einem ähnlich unzutreffenden Ergebnis kommt die herrschende Formel übrigens auch im Fall des Art. 3 HVG. S. hierzu unten S. 89 ff.

29) Vgl. z.B. Rosenberg, § 38 I 2 a, S. 151 f.

aa) Fraglich ist jedoch, was der Richter bei einer solchen Prüfung zu berücksichtigen hat. Man könnte zunächst daran denken, im Zuständigkeitsstreit zu prüfen, ob der Anspruch schlüssig begründet ist, weil sich hier die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen mit den anspruchsbegründenden Tatsachen decken. Hierfür können sich einige in diesem Zusammenhang zitierte Urteile des Reichsgerichts heranziehen lassen, die die Schlüssigkeitsfrage eingehender erörtern. So sagt das Reichsgericht in seinem Urteil vom 21. 3. 1912 [30] zu § 32 ZPO, es komme in entscheidender Weise darauf an, "ob unter der Voraussetzung der Richtigkeit dieses Vorbringens bei r i c h t i g e r Gesetzesanwendung dem Beklagten in Wirklichkeit eine unerlaubte Handlung zur Last fällt." [31] Und weiter: "Der Umstand, daß die rechtliche Würdigung des Klagevorbringens in der Frage der Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 zugleich für die Entscheidung in der Sache selbst von Bedeutung sein würde, führt nicht dahin, daß wegen dieses teilweisen Zusammenfallens der Zuständigkeitsprüfung mit der Sachentscheidung der über die Unzuständigkeitseinrede entscheidende Richter über jene Frage hinwegzugehen und ... sich lediglich an die Rechtsbehauptung der Kläger zu halten hätte." [32] Im Urteil vom 12. 12. 1918 [33] führt das Reichsgericht aus, daß "die tatsächlichen Angaben des klägerischen Vorbringens bei zutreffender rechtlicher Würdigung das Vorliegen der klagebegründenden Tatsachen, hier also der unerlaubten Handlung, ergeben müssen." Im gleichen Urteil heißt es: "Zur Begründung einer Klage aus unerlaubter Handlung muß der Kläger Tatsachen behaupten, aus denen sich - abgesehen von der ... objektiven Rechtswidrigkeit - ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten ergibt, also Tatsachen, aus

---

30) JW 1912, 643.
31) Ebenso RG, Urteil vom 30. 6. 1930, RGZ 129, 175 (179).
32) JW 1912, 644.
33) RGZ 95, 268 (270).

denen sich entnehmen läßt, daß der Beklagte sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewußt oder aus Fahrlässigkeit nicht bewußt gewesen ist." [34] Aus dem Satz, daß die tatsächlichen Angaben des klägerischen Vorbringens bei zutreffender rechtlicher Würdigung das Vorliegen der Zuständigkeit ergeben müssen, wird also für den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung der Schluß gezogen, daß der Vortrag des Klägers in Wirklichkeit das Vorliegen der klagebegründenden Tatsachen - also hier der unerlaubten Handlung - ergeben müsse. Während man die Beweiserhebung über die anspruchsbegründenden Tatsachen in das Begründetheitsstadium verlegt, soll deren Schlüssigkeit offensichtlich im Zuständigkeitsstadium geprüft werden.

Ob für eine derartige prozessual unterschiedliche Behandlung überhaupt Platz ist, soll zunächst ein Blick auf die Begründung zeigen, mit der das Ausreichen der Behauptung der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen beim Zusammenfallen mit den anspruchsbegründenden Tatsachen gerechtfertigt wird. Das Urteil des Reichsgerichts vom 26. 5. 1913 [35] sagt hierzu, die Behauptung solle deshalb genügen, weil unzweckmäßige Weiterungen entständen, wenn das Gericht bei Fällen der bezeichneten Art in einem besonderen Verfahren über die streitigen Behauptungen Beweis erheben und durch Urteil allein über seine Zuständigkeit entscheiden müßte, obwohl es durch den Sach- und Streitstand bereits in die Lage gesetzt wäre, über den Klaganspruch selbst eine sachliche Entscheidung zu treffen. Und im Urteil des Reichsgerichts vom 22. 4. 1901 [36] heißt es: "Der Gedanke dieses Rechtssatzes ist, daß andernfalls die nach der Struktur des Prozeßverfahrens vorgesehene präjudizielle besondere Erörterung jener Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit dann nicht stattfinden könnte, wenn der

---

34) A.a.O., S. 270f.
35) JW 1913, 926 = Gruchot 58, 473 f.= Warn. 1913 Nr. 387.
36) Gruchot 45, 1105 = JW 1901, 396 Nr. 3.

Nachweis der Kompetenztatsachen mit der g a n z e n s a c h l i c h e n K o g n i t i o n zusammenfällt. [37] Mitunter wird auch ausdrücklich hervorgehoben, das Interesse des Beklagten sei gewahrt, weil die Verurteilung durch ein unzuständiges Gericht ausgeschlossen sei. [38]

Alle diese Erwägungen treffen aber auch für die Prüfung der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Behauptungen zu. Die Prüfung der Schlüssigkeit eines Anspruchs gehört, wie anerkannt ist, zur Begründetheitsprüfung, die unschlüssige Klage ist also unbegründet und durch Sachurteil abzuweisen. [39] Dann ist der Richter aber auch durch eine im Gerichtsstand des § 32 ZPO erhobene Klage, bei der die die unerlaubte Handlung begründenden Tatsachen nicht schlüssig vorgetragen sind, "bereits in die Lage gesetzt, über den Klaganspruch selbst eine sachliche Entscheidung zu treffen". Die "Kompetenztatsachen fallen mit der ganzen sachlichen Kognition der Klage zusammen", so daß "die nach der Struktur des Prozeßverfahrens vorgesehene präjudizielle besondere Erörterung jener Prozeßvoraussetzung nicht stattfinden kann". [40]

---

37) Ebenso RG, Urteil vom 12. 12. 1918, RGZ 95, 268 (270).

38) RG, Urteil vom 11. 3. 1892, RGZ 29, 371 (373), vom 26. 5. 1913, JW 1913, 926 = Gruchot 58, 473 f. = Warn. 1913 Nr. 387; OLG Stettin, Urteil vom 21. 11. 1912, SA 68 Nr. 199; OLG Cöln, Urteil vom 13. 11. 1918, OLG 39, 31 (32); Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12.

39) Vgl. Blomeyer, § 34 III 2, S. 168 und Festschrift für Friedrich Lent, S. 65 f.; Lent-Jauernig, § 24 VI 3, S. 60, § 39 II 3 c, S. 119; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 253 Anm. III 2 b γ ; Lüke, AöR 84, 214; Bettermann, NJW 1961, 1098, 2 b a. E.

40) Bezeichnenderweise erscheint denn auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Satz, daß die materiellrechtliche Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs nicht schon anläßlich der formellen Frage der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts vorweg, sondern eben nur von dem Gericht entschieden werden könne, dessen Zuständigkeit für die materiellrechtliche Prüfung und Entscheidung gegeben sei, sowohl in einem Urteil, in dem es nur auf die Schlüssigkeit (Urteil vom 7.10.1954, BAG 1, 102 (105) = AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953), als auch in einem Urteil, in dem es auf die Beweisfrage (Urteil vom 24.9.1958, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung) ankam.

Das Verlangen einer schlüssigen Begründung des Anspruchs in den Fällen, in denen sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des Anspruchs richtet, würde daher über den Rahmen einer Schlüssigkeitsprüfung im Zuständigkeitsstadium hinausgehen. Deshalb ist die Forderung, dem Beklagten müsse zur Begründung des Gerichtsstandes des § 32 ZPO unter der Voraussetzung der Richtigkeit des tatsächlichen Klagvorbringens in Wirklichkeit eine unerlaubte Handlung zur Last fallen, zu weitgehend.

bb) Bei der Umgrenzung der Zuständigkeitsschlüssigkeit ist demgegenüber zu berücksichtigen, daß ein vom Kläger erhobener Anspruch in irgendeiner Weise rechtlich zu qualifizieren ist. Auch wenn nicht sämtliche zur Begründung erforderlichen Tatsachen angeführt sind, ist eine Bestimmung des erhobenen Anspruchs möglich. Wer z.B. einen Deliktsanspruch erhebt, muß die unerlaubte Handlung so weit schildern, daß feststeht, aus welchem Vorfall er den Anspruch auf Schadensersatz herleitet, aber er braucht nicht das Verschulden schlüssig zu behaupten. [41] Der unschlüssige Anspruch wird in diesem Falle ebenso rechtskräftig aberkannt, wie wenn das Verschulden unbewiesen blieb. [42] Um den Anspruch hinreichend bestimmen zu können, braucht sich die Unschlüssigkeit aber auch nicht allein auf den subjektiven Tatbestand zu beziehen. Auch wenn der Kausalzusammenhang nicht schlüssig dargelegt ist, kann doch der Anspruch als deliktischer zu qualifizieren sein. Ergibt sich schon aus dem Klagvortrag, daß der Beklagte die dem Kläger zugefügte Verletzung aus Notwehr begangen hat, so ist der Anspruch doch als ein solcher aus unerlaubter Handlung qualifiziert. [43] Verlangt der von - dem unauffindbaren - X ver-

---

41) Lent, ZZP 72, 92. Wenn Lent in diesem Zusammenhang von "Individualisierung" spricht, so entspricht das seiner Auffassung vom Streitgegenstand, die die materiellen Ansprüche nach den Anspruchsnormen und damit nach der Qualifikation individualisiert. Vgl. demgegenüber Henckel, S. 295 ff., insbesondere S. 297 f.

42) So auch Blomeyer, Festschrift für Lent, S. 65 f. und Volkmar, RdA 1950, 15.

43) Vgl. auch Volkmar, RdA 1950, 15.

prügelte Kläger im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung von A Schadensersatz, weil dieser bei dem Vorfall in der Nähe gestanden und somit psychische Beihilfe geleistet habe, so ist die unschlüssige Klage allein als deliktische Klage zu qualifizieren; die unerlaubte Handlung ist auch die einzige materiellrechtliche Stütze des Anspruchs. [44] In allen Fällen spricht das den Anspruch aberkennende Urteil aus, daß der Deliktsanspruch nicht bestehe. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Kläger im allgemeinen oder im besonderen Gerichtsstand geklagt hat. Auch die nicht schlüssige Klage kann eine Klage aus unerlaubter Handlung sein. Entschieden wird in diesen Fällen über den unschlüssig gebliebenen Anspruch.

Betrachtet man die weiteren zur rechtlichen Prüfung im Zuständigkeitsstreit ergangenen Entscheidungen unter diesem Gesichtspunkt, so ist es gegenüber den oben [45] zitierten Urteilen zutreffender, wenn das Reichsgericht im Urteil vom 27. 11. 1919 [46] ausführt, es komme für die Zuständigkeit nach § 32 ZPO darauf an, ob die Klage "unter der Voraussetzung der Richtigkeit des Klagevorbringens bei richtiger Gesetzesanwendung eine Klage aus unerlaubter Handlung wirklich ist". Damit ist nämlich nicht gesagt, daß dem Beklagten - die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens unterstellt - in Wirklichkeit eine unerlaubte Handlung zur Last fallen muß, wie es die oben zitierten Entscheidungen aussprachen. Konkreter heißt es im Urteil des Reichsgerichts vom 25. 1. 1918 [47]: "Um die Zuständigkeit des Gerichts nach § 32 ZPO zu begründen, ist die Anführung solcher Tatsachen erforderlich, die sich bei richtiger rechtlicher Würdigung ihrer Art nach als unerlaubte Hand-

---

44) Vgl. auch Volkmar, RdA 1950, 15.
45) S. 21 f.
46) Warn. 1920 Nr. 60.
47) Warn. 1918 Nr. 169.

lung darstellen, wenigstens eine solche enthalten können." Deutlich sagt das OLG Jena im Urteil vom 30. 1. 1920 [48]: "Allein zur Begründung der Zuständigkeit nach § 32 genügt die Anführung solcher Tatsachen, die sich im Bezirk des angerufenen Gerichts abgespielt haben, und die unerlaubte Handlungen sein können ... Eines weiteren Eingehens auf den Klaggrund bedarf es nicht ... Es trifft auch nicht zu, daß eine auf unerlaubte Handlung gegründete Klage völlig aussichtslos wäre. Auf eine Beurteilung der Rechtslage ist nicht näher einzugehen, soviel aber kann gesagt werden, daß die rechtliche Würdigung, die der Kläger den Klagetatsachen gibt, an sich möglich ist. Das genügt jedenfalls, um die örtliche Zuständigkeit zu begründen. Das nähere gehört zur Prüfung des Anspruchs." Zitiert sei schließlich noch ein Urteil des Obersten Landesgerichts für Bayern vom 6. 6. 1890 [49], das sich mit dem Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) befaßt und in dem es heißt, "darauf, ob die den Anspruch stützenden Klagebehauptungen schlußbündig begründet und erwiesen sind, kann die Entscheidung über die gerichtsablehnende Einrede nicht gestützt werden."

Im Einklang damit stehen auch die Ausführungen von Stein [50] und Kohler [51], die die Prüfung der Schlüssigkeit des Anspruchs aus Vertrag oder unerlaubter Handlung im Gerichtsstand des Erfüllungsorts bzw. des Tatorts der unerlaubten Handlung ausdrücklich in die Begründetheitsprüfung verlegen.

Von diesem Standpunkt aus ist auch der negativen Abgrenzung der Zuständigkeitsschlüssigkeit in den Urteilen des Reichsgerichts vom 27. 11. 1919 [52] und 26. 5. 1910 [53] zuzustim-

---

48) OLG 40, 347 f.
49) SA 46 Nr. 131.
50) Gruchot 28, 438 (zu § 29), 442 (zu § 30), 443 (zu § 32).
51) AcP 70, 236 f., 235 f., 234 f.
52) Warn. 1920 Nr. 60.
53) JW 1910, 709 = Gruchot 54, 1110 (1113).

men. Im ersteren Fall hatte der klagende Erbe zur Begründung der Zuständigkeit aus § 32 ZPO vorgetragen, die beklagten Miterben hätten ihm einen Teil der Nachlaßgegenstände arglistig verschwiegen und ihn dadurch in seinem Vermögen geschädigt. Die arglistige Täuschung sei auch im Bezirk des angegangenen Gerichts verübt worden, wohin ihm die Beklagten die bewußt unrichtigen Nachlaßaufstellungen übersandt hätten. Die Klage auf den vom Kläger begehrten Rest seines Erbteils hat das Reichsgericht nicht als Klage aus unerlaubter Handlung, sondern als Erbschaftsklage angesehen. Denn die "unerlaubten Handlungen sind bloßes äußeres Beiwerk, das ebensogut fehlen könnte und offensichtlich lediglich zu dem Zwecke beigefügt ist, um die Zuständigkeit der H.er Gerichte begründet erscheinen zu lassen." In einem solchen Fall ist der Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht schlüssig qualifiziert. Auf dasselbe zielt auch die Formulierung des Reichsgerichts im Urteil vom 26. 5. 1910: "Eine rein willkürliche Bezeichnung des klagebegründenden Vorgangs als 'unerlaubte Handlung', eine vielleicht offensichtlich verfehlte Rechtsansicht des Klägers wäre natürlich nicht entscheidend." Die abwegige Qualifizierung durch den Kläger führt also nicht zur Zuständigkeitsbegründung.

Nach alledem zeigt sich, daß das Gericht gegebenenfalls zwei Schlüssigkeitsprüfungen vorzunehmen hat, und zwar eine hinsichtlich der Zuständigkeit und eine hinsichtlich der Begründetheit des Anspruchs. Der Begriff der Schlüssigkeit als solcher ist nicht untrennbar mit der Begründetheit der Klage verbunden; er läßt sich auch im Bereich der Zulässigkeit der Klage verwenden und bezieht sich dort auf die zulässigkeitsbegründenden Tatsachen. [54] Diese Trennung kommt im allgemeinen nicht klar zum Ausdruck, vielmehr wird beispielsweise nach der Feststellung, die unerlaubte Handlung sei zur Begründung des Deliktsgerichtsstandes schlüssig darzulegen, sogleich auf die im Begründetheitsstadium vorzunehmende Beweiserhebung übergegangen.

---

54) Hoffmann, VerwArch. 53, 323; Lüke, AöR 84, 193 f.

Daß die verschiedenen Schlüssigkeitsprüfungen nicht getrennt werden, zeigt sich auch bei Wieczorek [55], wenn er meint, der Schlüssigkeitsmangel sei - nur - dann unbeachtlich, wenn die Klage unter dem Gesichtswinkel der unerlaubten Handlung mangels Schlüssigkeit abzuweisen wäre und eine andere Beurteilung nicht in Betracht komme. Darauf, ob die Klage als unschlüssig abzuweisen wäre, kann es aber für die Zuständigkeitsprüfung in keinem Fall ankommen. Entscheidend ist für die Bejahung der Zuständigkeit allein die schlüssige Qualifizierung des Anspruchs, die nichts damit zu tun hat, ob der Anspruch selbst schlüssig ist oder nicht.

cc) Außer der schlüssigen Qualifizierung des Anspruchs ist in den Gerichtsständen der §§ 29 bis 32 ZPO noch die schlüssige Behauptung der örtlichen Beziehung zum Gerichtsbezirk erforderlich. Liegt z.B. der Begehungsort einer unerlaubten Handlung bei zutreffender rechtlicher Würdigung nicht im Gerichtsbezirk, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen. [56]

dd) Als Ergebnis ist hiernach festzuhalten:
Richtet sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs, so ist sie begründet, wenn der Anspruch schlüssig qualifiziert und dessen örtliche Beziehung zum Gerichtsbezirk schlüssig dargetan ist. Der Anspruch selbst

---

55) § 12 Anm. B I a.

56) Hellwig, Lehrbuch, 2. Band, S. 262. Vgl. auch zu § 29 ZPO das bereits zitierte Urteil des BayObLG vom 6. 6. 1890, SA 46 Nr. 131, das die Prüfung der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen ablehnt, jedoch verlangt, "insoweit das Klagvorbringen zu würdigen ..., als es nötig ist, um die locale Beziehung der streitigen Verpflichtung zu erkennen". Anders hinsichtlich des Erfüllungsortes Kohler, AcP 70, 236 f., wonach nicht maßgebend sein soll, "ob die rechtlichen Deductionen des Klägers, welche auf einen solchen Erfüllungsort abzielen, schlüssig sind oder nicht"; jedoch hängt dies mit der besonderen materiellrechtlichen Einordnung des Erfüllungsortes durch Kohler zusammen, vgl. dazu unten S. 33 ff. (insbes. S.33 f.)

braucht in diesem Fall nicht schlüssig zu sein, die Schlüssigkeit des Anspruchs ist vielmehr allein eine Frage der Begründetheit. Die Frage der schlüssigen Qualifizierung eines Anspruchs ist also von der Schlüssigkeit des Anspruchs zu trennen.

2. Beweiserhebung

aa) Abgrenzung der Beweisfrage

Nicht einhellig ist die Frage beantwortet worden, inwieweit im Zuständigkeitsstreit Beweis zu erheben ist. Auszuscheiden ist zunächst die Möglichkeit, im Zuständigkeitsstreit über den Anspruch deshalb Beweis zu erheben, weil die zu beweisende lokale Beziehung eine Eigenschaft des Anspruchs ist. Erwägen könnte man ja etwa folgendes: Ebenso wie der Kläger im Streitfall nachzuweisen habe, daß der Beklagte wirklich im Gerichtsbezirk wohne (§ 13 ZPO), habe er nachzuweisen, daß der Vertrag hier wirklich zu erfüllen sei. Da der Erfüllungsort eine Eigenschaft des Anspruchs ist, stehe und falle diese Eigenschaft mit dem Anspruch selbst. Bestehe der Anspruch nicht, so bestehe auch kein Erfüllungsort. Eine getrennte Beweisaufnahme über Erfüllungsort und Erfüllungspflicht sei nicht möglich, weil die Eigenschaft einer Sache nicht ohne die Sache selbst existieren könne. Der Beklagte, der das Zustandekommen des Vertrages leugne, leugne immer, daß hier zu erfüllen sei. Also müsse, wer den Beweis des Erfüllungsortes fordere, auch den Beweis über das Bestehen der Erfüllungspflicht erheben.

Für eine so weitgehende Beweiserhebung finden sich immerhin vereinzelte Urteile in der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts. So hatte in dem am 11. oder 25. 2. 1892 [57] ent-

57) Trotz der unterschiedlichen Angaben in Gruchot 36, 705 (706 f.) und JW 1892, 204 (auch hinsichtlich der Angabe des Senats) handelt es sich offensichtlich in beiden Fundstellen um dieselbe Entscheidung.

schiedenen Fall die Klägerin Schadensersatz mit der Begründung verlangt, der Beklagte habe einen im Gerichtsbezirk zu erfüllenden Auftrag verletzt. Der Beklagte hatte die Erteilung des Auftrages bestritten. Das Landgericht hatte durch Zwischenurteil seine Unzuständigkeit ausgesprochen. Das gegen dieses Urteil angegangene Berufungsgericht hatte über die Erteilung des Auftrages Beweis erhoben und auf Grund des Beweisergebnisses festgestellt, daß der von der Klägerin behauptete Auftrag nicht erteilt worden sei; es hat danach in dem allein die Zuständigkeit betreffenden Verfahren die Prüfung der Frage, ob für ein solches Auftragsverhältnis der von der Klägerin behauptete Erfüllungsort Z. zu gelten hätte, für entbehrlich erachtet, weil der Vertrag, der in Z. geschlossen sein sollte, überhaupt nicht geschlossen sei, von einer Vertragsklage mit dem Gerichtsstand des angegangenen Gerichts also nicht die Rede sein könnte. Das Reichsgericht hat diese Ansicht gebilligt und die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

In dem am 7. 3. 1882 [58] entschiedenen Fall war streitig, ob der Beklagte in den im Gerichtsbezirk zu erfüllenden Vertrag auf Grund eines Pachtverhältnisses eingetreten war. Das Reichsgericht hat hier die Beweiserhebung über dieses Pachtverhältnis bereits im Zuständigkeitsstreit für erforderlich gehalten. Der Beweis des Anspruchs im Zuständigkeitsstadium hat aber bereits nach dem oben bei der Schlüssigkeitsprüfung abgesteckten Rahmen auszuscheiden: denn werden die anspruchsbegründenden Tatsachen schon nicht auf ihre Schlüssigkeit geprüft, so kann auch eine Beweisaufnahme keinen weitergehenden Umfang annehmen. Es wird auch im Schrifttum nirgends die Auffassung vertreten, daß der Anspruchsbeweis bereits im Zuständigkeitsstreit zu erheben wäre, weil eben im Prozeß immer nur über behauptete Ansprüche zu entscheiden ist, der Anspruch mit anderen Worten im Zuständigkeitsstadium als "gege-

---

58) RGZ 7, 310.

bene Größe" [59] anzusehen ist. Im Verfahren über die Zuständigkeit kann keinesfalls schon geprüft werden, ob die Klage auch wirklich begründet ist.

Andererseits kann man aber auch nicht jegliche Beweiserhebung ablehnen. Mit Recht hat schon das grundlegende Urteil des Reichsgerichts vom 11. 3. 1892 [60] einen Mittelweg eingeschlagen. In diesem Urteil führt das Gericht aus, in den Fällen, in denen die kompetenzbegründenden Tatsachen mit dem Anspruch selbst irgendwie zusammenhingen - wie bei dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, der geführten Verwaltung und namentlich des Vertrages -, könne der Rechtsgrundsatz kein anderer sein als in den Fällen, in denen diese Tatsachen von dem geltend gemachten Anspruch ganz unabhängig seien - wie etwa bei dem allgemeinen Gerichtsstand oder dem Gerichtsstand des Aufenthaltsortes -, möge auch die praktische Anwendung größere tatsächliche Schwierigkeiten bereiten. Auch bei ihnen müsse man prüfen, ob im einzelnen Falle die kompetenzbegründenden Tatsachen zugleich notwendige Tatbestandsmomente des Anspruchs selbst seien. Könne der Anspruch sachlich begründet sein, ohne daß zugleich die Zuständigkeit des Gerichts klargestellt werde, so seien die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen, soweit sie außerhalb der notwendigen Voraussetzungen des Anspruchs lägen, nachzuweisen, da dann aus der Liquidität des Anspruchs noch nicht folge, daß er bei diesem Gericht erhoben werden dürfte. Entscheidend sei also, ob die kompetenzbegründenden Tatsachen zur Individualisierung des Anspruchs gehörten, so daß ihre Änderung im Laufe des Prozesses die Einrede der Klageänderung begründe und entsprechend ihre Änderung in einem neuen Prozeß bei im übrigen unverändertem Tatbestand die Einrede der Rechtskraft ausschließe.

Zur Individualisierung des Streitgegenstandes gehört nun aber

---

59) So Mayer, ZZP 14, 250.
60) RGZ 29, 371.

in aller Regel die lokale Beziehung des erhobenen Anspruchs nicht. [61] Deshalb ist diese Beziehung im Streitfall vom Kläger nachzuweisen. Diesen Nachweis hat denn auch das Reichsgericht in dem zitierten Urteil verlangt. [62] Im entschiedenen Fall hatte der Kläger vom Beklagten Rückzahlung von Darlehen gefordert, die er ihm in St. gegeben haben wollte. Der Beklagte war der Klage mit der Behauptung entgegengetreten, er habe die fraglichen Gelder aus einem anderen Rechtsgrund und an einem anderen Ort, seinem Wohnort, erhalten. Das Berufungsgericht hatte festgestellt, daß St., falls dort die Darlehen ausgezahlt sein sollten, nach den Umständen von den Parteien als Erfüllungsort gewollt war. Es hatte auf die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten im Zuständigkeitsstreit Beweis darüber erhoben, ob die Hingabe der Darlehen in St. erfolgt sei. Das Reichsgericht hat dieses Vorgehen gebilligt, da die Auszahlung der Gelder - über deren Identität unter den Parteien kein Streit bestand - in St. für die Zuständigkeit entscheidend gewesen sei, sie dagegen völlig unerheblich für die Erfüllungspflicht des Beklagten gewesen sei, die vielmehr auch dann bestanden habe, wenn die Auszahlung der Gelder an einem anderen Ort erfolgt sein sollte.

Mit der Feststellung, daß die lokale Beziehung zwar mit den anspruchsbegründenden Tatsachen zusammenhängt, jedoch im allgemeinen kein notwendiges Tatbestandsmerkmal des Anspruchs selbst ist, erledigen sich auch die Bedenken Steins gegen die herrschende Formel. Stein [63] kritisierte diese Formel des-

---

61) Vgl. hierzu Petersen, Gruchot 37, 18, 19, 25; R. Schmidt, S. 681, der von "Eigenschaften des Anspruchs sekundärer Natur" spricht, ebenso Seuffert-Walsmann, 5 vor § 12; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; Nikisch, Anm. zu LAG Hamm AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953.

62) Unzutreffend ist daher die Darstellung der Entscheidung bei Förster-Kann, 2 b vor § 12.

63) Stein-Juncker, S. 100. Das hier Gesagte gilt auch für die Kritik von Hellwig, Lehrbuch II, S. 180 und System I, S. 134; Förster-Kann, 2 b vor § 12 (vgl. auch oben Fußnote 62) und Sauer, Grundlagen, S. 409.

halb, weil er den Beweis der örtlichen Beziehung des Anspruchs für erforderlich hielt; das von Stein gewünschte Ergebnis wird jedoch, wie gezeigt, auch mit der Formel der herrschenden Meinung erreicht.

Von diesem Ausgangspunkt aus kann nun die Frage der Beweiserhebung im Rahmen der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften untersucht werden.

bb) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO)

α) Daß es im Fall des § 29 ZPO überhaupt zu einem Beweis über die örtliche Beziehung kommt, ist von Kohler [64] bestritten worden. Nach der Auffassung Kohlers ist es für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nur wesentlich, daß eine an dem betreffenden Ort als dem Erfüllungsort zu erbringende Leistung begehrt wird. Durch die bloße Behauptung eines am Ort A zu erfüllenden Anspruchs soll das Gericht des Ortes A zuständig sein. Finde das Gericht des Ortes A, daß nicht am Ort A, sondern am Ort B zu erfüllen sei, so habe es sich nicht etwa für unzuständig zu erklären, sondern materiell dahin zu erkennen, daß am Ort A nicht zu leisten sei. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes sei in jedem Fall bereits mit dem Faktum der Klagerhebung gegeben, der Erfüllungsort sei in keinem Fall eine von der Klagerhebung unabhängige Tatsache. Von diesem Standpunkt erscheint es auch erklärlich, daß nicht nur der Anspruch selbst nicht schlüssig zu sein braucht, sondern daß es Kohler auch gleichgültig ist, "ob die rechtlichen Deduc-

---

64) AcP 70, 224 ff., Gesammelte Beiträge, S. 115 ff.- Bei dem von Kohler, AcP 70, 225 Fußnote 17, als "treffend" bezeichneten Ausspruch des Reichsgerichts im Urteil vom 21. 1. 1881, RGZ 3, 381 (382), die auf Erfüllung eines Vertrages gerichtete Klage sei vor dem Gericht des Ortes zuzulassen, an dem nach dem Anführen des Klägers der Vertrag zu erfüllen wäre, handelt es sich nur um eine vereinzelte beiläufige Bemerkung, auf der die nur den Gerichtsstand des Vermögens betreffende und für diesen Beweis erfordernde Entscheidung nicht beruhte (so auch RGZ 29, 375).

tionen des Klägers, welche auf einen solchen Erfüllungsort abzielen, schlüssig sind oder nicht." [65]

Kohler verweist in diesem Zusammenhang auf die ähnliche Lage bei der sachlichen Zuständigkeit und dem dinglichen Gerichtsstand. Denn, so macht er geltend, bei der sachlichen Zuständigkeit werde ja auch nicht die Höhe der Forderung und beim dinglichen Gerichtsstand auch nicht das Bestehen des Eigentumsanspruchs geprüft, um die Zuständigkeit zu begründen; dann dürfe aber auch im Gerichtsstand des Erfüllungsortes nicht geprüft werden, ob die Behauptung über den Erfüllungsort zutreffe. [66] Aber diese Argumentation beweist nur, daß im Zuständigkeitsstadium nicht der Nachweis der streitigen Verpflichtung verlangt werden kann. Sie beweist hingegen nicht, daß auch die Behauptung des Erfüllungsortes ausreichen muß. Denn die Klage kann ja begründet sein, obgleich der Erfüllungsort nicht besteht. [67] Der Schluß von der sachlichen Zuständigkeit und dem dinglichen Gerichtsstand auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes wäre nur dann zwingend, wenn gleichzeitig bewiesen wäre, daß auch der Erfüllungsort Teil der zur Begründung der Klage erforderlichen Tatsachen ist.

Nach der Auffassung Kohlers soll nun aber das Gericht materiell nur darüber entscheiden, ob an dem vom Kläger behaupteten Ort zu leisten ist. Allerdings wird der Kläger in der Regel nicht den Antrag stellen, den Beklagten zur Leistung an einem bestimmten Ort zu verurteilen, sondern lediglich die Verurteilung des Beklagten schlechthin verlangen, was auch dann geschehen kann, wenn er zur Begründung der Zuständigkeit behauptet, die streitige Verpflichtung sei im Bezirk

---

65) AcP 70, 236 f.

66) AcP 70, 224 f.

67) Zutreffend Petersen, Gruchot 37, 11 f.; vgl. auch Mayer, ZZP 14, 244 ff.

des angegangenen Gerichts zu erfüllen; in diesen Fällen wäre für eine Entscheidung, wie sie Kohler bezüglich der Sache selbst vorsieht - am Ort A sei nicht zu leisten - kein Raum.[68]

Vom Prinzip der Zuständigkeitsprüfung weicht Kohler jedoch - entgegen einer verbreiteten Meinung [69] - nicht ab. Seine Auffassung ist prozessual konsequent. Die Abweichung von der herrschenden Meinung liegt auf materiellrechtlichem Gebiet, denn er nimmt an, der Erfüllungsort individualisiere den Anspruch. Kohler läßt nicht etwa - wie vielfach angenommen - in jedem Fall die schlüssigen Behauptungen genügen, sondern bestimmt nur den Streitgegenstand im Fall des § 29 ZPO anders, was notwendig Konsequenzen bei der Zuständigkeitsprüfung hat.

Man hat Kohler vor allem entgegengehalten, seine Auffassung führe dazu, daß der Kläger den Beklagten vor jedes beliebige Gericht ziehen könnte. [70] Dieser Vorwurf bedarf allerdings einer eingehenderen Begründung. Denn auch nach herrschender Auffassung kann der Kläger jedes beliebige Gericht mit der Behauptung angehen, es sei hier zu erfüllen. Der Unterschied gegenüber Kohler bestünde darin, daß die Klage nach herrschender Auffassung als unzulässig abzuweisen wäre, während Kohler zur Sachabweisung käme. Von der Rechtskraftwirkung her würde ein praktischer Unterschied freilich nicht bestehen. Denn das nach herrschender Auffassung zu erlassende Prozeß-

---

68) Vgl. Petersen, Gruchot 37, 13. Gegen Kohler insgesamt s. Petersen, a.a.O. S. 10 ff.; vgl. auch Stein, Gruchot 28, 433 ff. und Mayer, ZZP 14, 241 ff. - Auch durch das Verlangen der Erfüllung der streitigen Verpflichtung an einem bestimmten Ort im Klagantrag kann die Zuständigkeit nicht begründet werden: RG, Urteil vom 24. 9. 1901, RGZ 49, 72; Petersen, Gruchot 37, 13 f., 19; Jaeger, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 43; Petersen - Remelé-Anger, § 29 Anm. 16; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12; Wieczorek , § 12 Anm. B I, § 29 Anm. A II a.

69) S. oben S.13 Fußnote 8.

70) Vgl. insbesondere Petersen, Gruchot 37, 15; Petersen-Remelé-Anger, § 29 Anm. 16.

urteil hinderte den Kläger nur, die Klage vor demselben Gericht zu wiederholen; der Erhebung der Klage vor einem anderen Gericht stände die Rechtskraft nicht entgegen. Aber auch nach Kohler wäre, trotz Abweisung durch Sachurteil, die Klageerhebung vor einem anderen Gericht möglich, weil das Gericht nach seiner Auffassung materiell nur dahin erkennt, daß am behaupteten Erfüllungsort nicht zu leisten sei. Nur insoweit würde auch die Rechtskraft wirken, so daß es dem Kläger nicht verwehrt wäre, vor einem anderen Gericht mit der Behauptung zu klagen, es sei hier zu erfüllen.

Zeigen sich in der Rechtskraftwirkung somit praktisch keine unterschiedlichen Auswirkungen zwischen der Auffassung Kohlers und der herrschenden Meinung, so ist weiter zu untersuchen, ob sie etwa in anderer Weise auftreten können. Zu denken ist hier an die Wirkung der Versäumnis des Beklagten. Nach herrschender Auffassung [71] hat die Säumnis des Beklagten in den prorogierbaren Fällen im Zuständigkeitsstreit die gleiche Geständniswirkung (§ 331 ZPO) wie im Stadium der Sachprüfung. Klagt der Kläger vor irgendeinem für den Beklagten entlegenen Gericht mit der Behauptung, es sei die Erfüllung des Vertrages im Gerichtsbezirk vereinbart und bleibt der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung aus, dann ist die klägerische Behauptung nach herrschender Meinung gemäß § 331 ZPO als zugestanden anzusehen. Von dieser Ansicht ausgehend kann der Kläger sowohl nach dem Standpunkt der herrschenden Meinung, die den Erfüllungsort im Zuständigkeitsstadium prüft, wie nach der Lehre Kohlers, die den Erfüllungsort als Teil der anspruchsbegründenden Tatsachen in das Begründetheitsstadium verlegt, den Beklagten vor jedes beliebige Gericht ziehen. Der gegen Kohler erhobene Einwand trifft also nicht nur Kohler, sondern auch die herrschende Meinung. Auch hier hat die anderweitige Einordnung des Erfüllungsortes durch Kohler keine von der herrschenden Meinung abweichenden Auswirkungen.

---

71) Vgl. z.B. Baumbach-Lauterbach, 1 vor § 38 und § 331 Anm. 2; Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 39; Rosenberg, § 38 I 3 a, S. 152 und § 63 IV 2 b, S. 299.

Gegen die Anwendung des § 331 ZPO im Zuständigkeitsstadium sind jedoch Bedenken zu erheben. Kürzlich hat Rimmelspacher [72] überzeugend dargetan, daß die Gründe, die zur Ablehnung des § 39 ZPO im Versäumnisverfahren geführt haben - Nichterscheinen als Ausdruck der Ablehnung einer stillschweigenden Vereinbarung [73] -, auch zur Ablehnung der Geständnisfiktion des § 331 ZPO hinsichtlich der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen führen müssen. Die Anerkennung der Geständniswirkung im Zuständigkeitsstadium führte dazu, daß der Kläger den Beklagten vor jedes beliebige Gericht ziehen könnte, was der geltenden Zuständigkeitsordnung, die auf die Interessen des Beklagten weitgehend Rücksicht nimmt, zuwiderliefe. Allein von diesem die Anwendung des § 331 ZPO im Zuständigkeitsstadium - entgegen der herrschenden Meinung - ablehnenden Standpunkt rechtfertigt sich der Vorwurf gegen die Lehre Kohlers. Denn Kohler müßte bei dem im Begründetheitsstreit zu prüfenden Erfüllungsort § 331 ZPO anwenden. Die Feststellung des Erfüllungsortes im Zuständigkeitsstreit schließt jedoch nach der hier vertretenen Auffassung die Anwendung des § 331 ZPO mit seinen dort bedenklichen Auswirkungen aus.

Entgegen Kohler [74] würden sich auch keine unüberwindbaren Schwierigkeiten dadurch ergeben, daß eine einzelne Klausel - die Vereinbarung des Erfüllungsortes - aus dem Gesamtversprechen zum Zwecke der Beweiserhebung herausgelöst wird. Ein solcher Beweis läßt sich erheben, ohne daß man zu einer Beweiserhebung über die Erfüllungspflicht kommen müßte. Zwar kommt man auf diesem Weg nicht zur Feststellung der "Wirklichkeit" des Erfüllungsortes, solange nicht auch die Erfüllungspflicht feststeht; aber es wird doch mehr festgestellt

---

72) S. 168 ff.
73) S. RG, Urteil vom 26. 5. 1880, RGZ 1, 438 (440).
74) Vgl. insbesondere Gesammelte Beiträge, S. 119 ff.

als die bloße "Möglichkeit" des Erfüllungsortes, nämlich seine bedingte Gewißheit, daß, wenn der Anspruch besteht, sein Erfüllungsort jedenfalls im Gerichtsbezirk liegt. [75]

β) Inwieweit es im Gerichtsstand des Erfüllungsortes zu einer Beweiserhebung kommt, soll nunmehr bei den in Anlehnung an das bürgerliche Recht (§ 269 BGB), auf das § 29 ZPO insofern verweist, zu bildenden einzelnen Fallgruppen untersucht werden.

1) Behauptet der Kläger, es sei ein Erfüllungsort vereinbart worden, dann muß er, wenn der Beklagte die Erfüllungsortsabrede bestreitet, diese nach überwiegender Meinung nachweisen. [76] Denn es handelt sich hierbei um eine besondere Beziehung, die außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegt (Rosenberg, ähnlich Nikisch), deren Änderung keine ohne Einwilligung des Beklagten unzulässige Klagänderung bildet (Mayer) bzw. um eine Eigenschaft des Anspruchs sekundärer Natur (R. Schmidt [77], Seuffert-Walsmann [78]). Nach der einschränkenden Auffassung von Wieczorek [79] soll jedoch ein Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen dann gegeben sein, mithin die Behauptung genügen, "wenn im einheitlichen Vertrag ein Erfüllungsort als vereinbart behauptet wird"; nur bei von den übrigen Vereinbarungen gelöster Erfüllungsortsabrede sollen diese Tatsachen nicht zusammenfallen, was außer bei späteren oder auch früheren

---

75) So gegen Kohler, AcP 70, 226 Mayer, ZZP 14, 250.

76) Stein, Gruchot 28, 439 ff. (B a); Mayer, ZZP 14, 251 f.; Petersen, Gruchot 37, 9, 20; Jaeger, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 43; Heinsheimer, JW 1920, 1045; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 3 vor § 12, § 29 Anm. V; Nikisch, Anm. zu LAG Hamm AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953.

77) S. 681.

78) 5 vor § 12.

79) § 12 Anm. B II a 1, § 29 Anm. A II.

Zusatzverträgen dann der Fall sei, wenn nur die Vereinbarung des Erfüllungsortes, nicht aber der sonstige Vertrag streitig sei. [80]

Für die Auffassung, die schlüssige Behauptung des Klägers über die Erfüllungsortsabrede müsse genügen, wenn die Abrede einen Teil des den Klaganspruch begründenden Vertrages bilde, lassen sich auch Beispiele aus der Rechtsprechung anführen. So sagt das OLG Hamburg in einem Urteil vom 14. 4. 1919 [81], für die Zuständigkeitsfrage müsse die Behauptung in der Klage, ein Erfüllungsort sei vereinbart, genügen, da andernfalls schon teilweise über den Klaganspruch erkannt werde. In einem Urteil des OLG München vom 20. 1. 1912 [82] heißt es, ergebe sich der Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung aus dem zugrunde liegenden Vertrag selbst, so reiche nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Behauptung der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen aus. Das Oberlandesgericht, das über eine Klage aus einem Kaufvertrag über eine bewegliche Sache zu entscheiden hatte, lehnt diese Auffassung jedoch ab und hält - mit Recht - eine Beweisaufnahme im Zuständigkeitsstreit für erforderlich. Es fragt sich allerdings, ob sich das Gericht mit seinem Ergebnis wirklich im Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts befindet. Es seien deshalb einige zur Frage der Erfüllungsortsvereinbarung ergangene Urteile näher untersucht.

Im Urteil vom 8. 1. 1902 [83] hatte das Reichsgericht über eine Klage aus einem Gesellschaftsverhältnis zu entscheiden. Der Kläger behauptete, die Beklagte sei der Gesellschaft beigetreten und deshalb dem im Gesellschaftsvertrag bestimmten Gerichtsstand unterworfen. Die Beklagte leugnete nur, der Ge-

---

80) § 12 Anm. B II a 2, § 29 Anm. A II a.
81) OLG 40, 345.
82) OLG 25, 56.
83) JW 1902, 125.

sellschaft beigetreten zu sein, nicht jedoch, daß die Zuständigkeitsbestimmung des Gesellschaftsvertrages gegen sie gelten würde, wenn sie der Gesellschaft beigetreten wäre. Das Reichsgericht hat hier - im Ergebnis mit Recht - ausgesprochen, daß bei solcher Sachlage die Behauptung der Tatsache, die die Zuständigkeit begründe, genüge; zu einer Beweisaufnahme konnte es hier nicht kommen, denn die Gerichtsstandsklausel als solche war nicht streitig.

Der am 17. 1. 1896 [84)] entschiedene Fall betraf eine Klage auf Erfüllung aus Kommissionsgeschäften. Zur Begründung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes berief sich die Klägerin auf die über die einzelnen Geschäfte gewechselten Schlußnoten, in denen der betreffende Ort ausdrücklich als Erfüllungsort bezeichnet war. Die Echtheit der vorgelegten Schlußnoten und deren Inhalt waren unstreitig. Der Beklagte wandte jedoch ein, daß überhaupt keine Kommissionsgeschäfte geschlossen seien, sondern nur ein durch die äußere Form solcher Geschäfte verschleiertes Börsenspiel getrieben worden sei. Das Reichsgericht stellt fest, daß im Zuständigkeitsstreit kein Beweis zu erheben war, weil der Einwand des Beklagten kein Bestreiten der Tatsachen enthielt, die die ausdrückliche Vereinbarung eines Erfüllungsortes für die Verpflichtung des Beklagten betrafen, sondern sich gegen den Klaganspruch überhaupt richtete. Bei einem Durchdringen des Einwands des Beklagten wäre, wie das Reichsgericht ausführt, nicht ein anderer als der von der Klägerin behauptete Erfüllungsort gegeben, sondern die behauptete Verpflichtung selbst zu verneinen gewesen. Daraus ergab sich, daß der Einwand des Beklagten nicht prozeßhindernd zur Begründung der Unzuständigkeitseinrede vorgebracht werden konnte und einer Entscheidung in der Hauptsache nicht

---

84) JW 1896, 103.

entgegenstand. [85]

In diesem Zusammenhang sei schließlich noch der vom OLG Köln am 13. 11. 1918 [86] entschiedene Fall erwähnt. Auch hier hat das Gericht keinen Beweis über den Erfüllungsort erhoben. Der Kläger hatte auf Kaufpreiszahlung geklagt. Er hatte mit einer dritten Person, die für den Beklagten auftrat, einen Kaufvertrag abgeschlossen, der die Vereinbarung eines Zahlungsortes enthielt. Der Beklagte bestritt die Vertretungsmacht des Dritten; dieser sei vielmehr nur berechtigt gewesen, bei einem anderen und zu einer wesentlich geringeren Summe einzukaufen. Er bestritt also, wie das Urteil feststellt, an sich nicht, daß der Dritte, soweit er überhaupt zu kaufen berechtigt war, auch das Recht hatte, die Zahlungsbedingungen selbständig zu vereinbaren und somit auch den Zahlungsort festzusetzen. Ausdrücklich weist das Gericht darauf hin, die Behauptung, der Kaufpreis sei auf den betreffenden Zahlungsort gestellt worden, gehöre nicht notwendig zu den klagebegründenden Tatsachen. Indes habe der Fall n a c h d e r E i n l a s s u n g d e s B e k l a g t e n hier so gelegen, daß der Nachweis der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen völlig mit dem Nachweis, daß die Klage sachlich berechtigt sei, zusammengefallen sei.

In allen drei Urteilsfällen wurde also zwar die Verpflichtung durch die Beklagten geleugnet, nicht aber die Vereinbarung des Erfüllungsortes als solche besonders bestritten. Deshalb brauchte auch über den Erfüllungsort kein Beweis erhoben zu

---

85) Der Gerichtsstand wäre im entschiedenen Fall auch ohne Vereinbarung eines Erfüllungsortes schon kraft Gesetzes gegeben gewesen, da bei Kommissionsgeschäften der Ort der Niederlassung des klagenden Kommissionärs Erfüllungsort war (vgl. auch RG, Urteil vom 14. 2. 1900, Gruchot 44, 870 (872) = JW 1900, 271). Das Reichsgericht stützt aber seine Entscheidung ausdrücklich auf beide Gesichtspunkte (Erfüllungsort kraft ausdrücklicher Vereinbarung und kraft gesetzlicher Begründung).

86) OLG 39, 31.

werden. Unterblieb also eine Beweisaufnahme wegen Nichtbestreitens, so ist es mißverständlich, wenn gesagt wird, die "Behauptung" genüge, weil dieser Begriff dem streitigen Vorbringen vorbehalten bleiben sollte. So gesehen erscheint es unzutreffend, wenn man meinte, die Rechtsprechung lasse die Behauptung genügen, wenn sich der Erfüllungsort aus dem zugrunde liegenden Vertrag ergebe. Das Urteil des OLG München vom 20. 1. 1912 [87] steht deshalb auch nicht im Widerspruch zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. 10. 1901 [88] weicht von den dargelegten Grundsätzen nicht ab. Zwar scheint das Urteil zunächst dafür zu sprechen, daß eine Beweisaufnahme über den Erfüllungsort im einheitlichen Vertrag nicht in Betracht kommt; so führt das Reichsgericht aus: "Die selbständige Vereinbarung der Erfüllungsortsklausel ist nicht behauptet. Den Klaggrund bildet der einheitlich abgeschlossene Vertrag mit Dr. S., der auch die Erfüllungsortsklausel enthalten haben soll. Der Vertragsabschluß selbst und alle übrigen Einzelheiten des Vertrages fallen mit der sachlichen Begründung der Klage zusammen und sind zu d i e s e m Zwecke darzulegen und zu beweisen." Weiter heißt es aber im unmittelbaren Anschluß daran: " n u r kompetenzbegründend ist lediglich die Nebenbestimmung des Erfüllungsorts. Es ist daher auch ein besonderer Beweis zum Zweck der Begründung der Zuständigkeit nach den oben erwähnten Grundsätzen, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, n u r in so weit erforderlich, als bestritten ist, daß der Vertrag, wenn er abgeschlossen wurde, die Klausel über den Erfüllungsort enthalten hat."

Schließlich dürfte auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 6. 1899 [89] den bisherigen Ausführungen nicht entgegenstehen. Hier leitete die Klägerin die Zuständigkeit des

---

87) OLG 25, 56.
88) JW 1901, 798.
89) JW 1899, 482 = Gruchot 43, 1219.

angegangenen Gerichts daraus ab, daß sich in ihren gedruckten Lieferungsbedingungen die Klausel befand: "Als Erfüllungsort gilt Reinickendorf." Das Reichsgericht meinte hierzu: Bei dieser Sachlage sei für die Bejahung der auf § 29 ZPO gegründeten örtlichen Zuständigkeit nicht schon der Beweis der angeführten Tatsachen zu erfordern, vielmehr genüge deren Behauptung. Die Klage gründe sich auf einen bestimmten, mit einer Reihe von Einzelbestimmungen versehenen Vertrag, dessen Zustandekommen von der Klägerin behauptet, vom Beklagten bestritten werde. Zu diesen Einzelbestimmungen gehöre die Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsortes für die Verbindlichkeiten beider Teile. Der Beweis der Tatsachen, worauf sich die Klage stütze, falle demnach zusammen mit dem Beweis der Tatsachen, worauf sich die örtliche Zuständigkeit des Gerichts gründe. In derartigen Fällen habe nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine abgesonderte Verhandlung über die Zuständigkeitsfrage nicht stattzufinden, vielmehr sei der Beklagte dadurch ausreichend geschützt, daß die Klage, falls der Beweis der Klagtatsachen nicht erbracht werde, als unbegründet abgewiesen werden müsse. Zutreffend heißt es dann, es genüge für die Begründung des Gerichtsstandes, daß die streitige Verpflichtung, wenn sie überhaupt bestehe, in R. erfüllt werden müßte. Anscheinend hat der Beklagte auch hier - zumal angesichts der gedruckten Lieferungsbedingungen - den Erfüllungsort als solchen überhaupt nicht bestritten.

2) Behauptet der Beklagte, es sei ein anderer als der gesetzliche Erfüllungsort vereinbart worden, so hat er seine Behauptung zu beweisen. [90] Diesen Beweis will Mayer jedoch dem Beklagten nur dann aufbürden, wenn dieser behauptet, die Ortsabrede sei erst nach Abschluß des Hauptvertrages zustande ge-

---

90) Stein, Gruchot 23, 441 f.; Petersen, Gruchot 37, 9, 17; Petersen-Remelé-Anger, § 29 Anm. 16. Behauptet der Beklagte die Vereinbarung eines anderen Erfüllungsortes als der Kläger, so hat der Kläger seine Behauptung ebenso zu beweisen, wie wenn der Beklagte die vom Kläger behauptete Vereinbarung schlicht bestritten hätte.

kommen; denn es handle sich hierbei um eine die ursprünglich zugestandene Kompetenz aufhebende Tatsache. Wenn der Beklagte jedoch behauptet, es sei von vornherein ein anderer Erfüllungsort vereinbart, soll nach Mayers Ansicht der Kläger beweisen, daß dies nicht zutreffe, weil hier ein motiviertes Leugnen des Klaggrundes vorliege. [91] Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil die Beweislast stets denjenigen trifft, der eine von der gesetzlichen Regel abweichende Bestimmung (accidentale negotii) durch die Vertragschließenden behauptet. [92]

3) Eine Beweiserhebung im Zuständigkeitsstreit kommt dann nicht in Betracht, wenn sich der Erfüllungsort bereits aus der Natur des Klaganspruchs ergibt. [93] Das ist dann der Fall, wenn die Leistung nur an einem bestimmten Ort erbracht werden kann, so z.B., wenn der Kläger die Übergabe eines bestimmten Grundstücks oder den Bau eines Hauses an einem bestimmten Ort oder den Umbau eines solchen verlangt. In diesem Fall ergibt sich die Zuständigkeit bereits aus den anspruchsbegründenden Tatsachen, gehört der Erfüllungsort zur Individualisierung des Anspruchs. Die Behauptung eines anderen Erfüllungsortes hätte zur Folge, daß ein ganz anderer Anspruch erhoben würde, die Veränderung des Erfüllungsortes wäre also nur als Folge einer Klagänderung denkbar. Für diese Fälle kommt man also zum gleichen Ergebnis wie Kohler.

4) Einigkeit besteht auch darüber, daß der Kläger grundsätzlich keinen Beweis zu erbringen braucht, wenn er im Gerichts-

---

91) ZZP 14, 253.

92) Vgl. zur Frage der Beweislast bei Abweichungen von Dispositivgesetzen und Auslegungsregeln Rosenberg, Beweislast, S. 294 ff., mit umfangreichen Nachweisen zum Fall des § 269 BGB, S. 301 Fußnote 6.

93) Stein, Gruchot 28, 441; Mayer, ZZP 14, 250 f.; Petersen, Gruchot 37, 8 f., 18, 19.

stand des gesetzlichen Erfüllungsortes klagt. [94] Hier kann er sich auf das Gesetz berufen. Bestreitet jedoch der Beklagte, daß er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz im Gerichtsbezirk hatte, leugnet er also die konkreten tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Erfüllungsortes, so hat der Kläger den Wohnsitz des Beklagten hier ebenso zu beweisen, wie wenn er im allgemeinen Gerichtsstand geklagt hätte. [95]

γ) Zusammenfassend kann zu § 29 ZPO hiernach folgendes festgestellt werden:

Ergibt sich der Erfüllungsort des behaupteten Anspruchs aus dessen Natur oder aus den gesetzlichen Bestimmungen über den Erfüllungsort, so kommt ein Nachweis der Zuständigkeit nicht in Betracht.

Die Behauptung der Vereinbarung eines Erfüllungsortes reicht zur Begründung der Zuständigkeit nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn die Abrede einen Teil des den Klaganspruch begründenden Vertrages bildet. Zu einer Beweisaufnahme kommt es aber nur, wenn der Beklagte die Vereinbarung des Erfüllungsortes als solche bestreitet. Ein solches Bestreiten kann auch dann gegeben sein, wenn gegen die Vereinbarung des Erfüllungsortes die gleichen Gründe wie gegen den Klaganspruch selbst vorgebracht werden. [96]

---

94) Rosenberg, § 38 I 2 b, S. 152; Petersen-Remelé-Anger, § 29 Anm. 16; Stein, Gruchot 28, 441; Mayer, ZZP 14, 252 ff.; Petersen, Gruchot 37, 8 f., 19; Jaeger, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 253 f.

95) Vgl. Mayer, ZZP 14, 253 f.

96) Vgl. auch Heinsheimer, JW 1920, 1045 a.E.: Bestreitet der Beklagte die Erfüllungsortsabrede, so ist dies eine zweifellos ausreichende Begründung der Unzuständigkeitseinrede, die nicht deshalb unzulässig sein kann, weil damit zufällig zugleich eine Behauptung aufgestellt ist, die auch für das Bestreiten des Klaganspruchs verwertet werden könnte.

Ein Beweis der Verpflichtung kommt im Streit über die Zuständigkeit in keinem Fall in Betracht. Denn die Zuständigkeit ist begründet, wenn die streitige Verpflichtung, falls sie besteht, im Gerichtsbezirk zu erfüllen ist. Deshalb genügt das Behaupten eines Vertrages mit Gerichtsstandvereinbarung, wenn letztere für sich unstreitig ist. Nicht aber genügt die behauptete und bestrittene Gerichtsstandvereinbarung in bestrittenem oder unbestrittenem Vertrag.

Behauptet der Beklagte, es sei ein anderer als der gesetzliche Erfüllungsort vereinbart worden, so hat er seine Behauptung zu beweisen.

cc) Der Gerichtsstand des Meß- und Marktortes (§ 30 ZPO)

Anders als beim Gerichtsstand des Erfüllungsortes herrscht beim Gerichtsstand des Meß- und Marktortes (§ 30 ZPO) Einigkeit über das Erfordernis einer Beweisaufnahme über die lokale Beziehung. Bestreitet der Beklagte den Entstehungsort der behaupteten Verpflichtung, so wird der Kläger nach allgemeiner Auffassung zum Beweis im Zuständigkeitsstreit genötigt. [97] Es handelt sich bei § 30 ZPO nicht um einen besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes, sondern um einen Gerichtsstand des Entstehungsortes, des Ortes des Vertragsabschlusses. In einem solchen Fall nimmt auch Kohler an, daß die Zuständigkeit noch nicht mit dem Klagbegehren gegeben ist, sondern daß die den Entstehungsort betreffenden Umstände vom Klagbegehren unabhängige Tatumstände sind, die der Kläger gegebenenfalls im Zuständigkeitsstadium zu beweisen hat. [98]

Auch hier ist ein Leugnen der Verpflichtung allein noch kein Leugnen der Zuständigkeit. Der Beklagte kann also den Kläger

---

97) Stein, Gruchot 28, 442 f.; Kohler, AcP 70, 235 f.; Petersen, Gruchot 37, 20 f.; Petersen-Remelé-Anger, § 30 Anm. 3.

98) AcP 70, 235 f.

nicht dadurch zum Beweis im Zuständigkeitsstreit nötigen, daß er geltend macht, ein bindendes Geschäft sei überhaupt nicht, also auch nicht auf einer Messe oder auf einem Markt zustande gekommen; dies kann er vielmehr nur dadurch bewirken, daß er behauptet, wenn die Parteien das Geschäft überhaupt abgeschlossen hätten, sei es jedenfalls nicht auf einer Messe oder auf einem Markt geschehen. [99]

dd) Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (§ 31 ZPO)

In § 31 ZPO wird vorausgesetzt, daß eine Klage "aus einer Vermögensverwaltung" erhoben wird und daß die Verwaltung, aus der die streitige Verpflichtung herrührt, an einem Ort geführt worden ist, der im Bezirk des angegangenen Gerichts liegt. Die Vermögensverwaltung kann auf einem Vertrag (z.B. Dienstvertrag, Auftrag, Gesellschaft), auf letztwilliger Verfügung (Vorerbschaft), auf einem vertragsähnlichen Verhältnis (z.B. einer Geschäftsführung ohne Auftrag) oder auf dem Gesetz (elterliche Gewalt, Vormundschaft, Konkursverwaltung) beruhen. [100] Auch hier kann es nur darauf ankommen, ob aus einer - vom Kläger behaupteten - Vermögensverwaltung geklagt wird, nicht aber darauf, ob diese Verwaltung wirklich geführt worden ist. Behauptet der Beklagte, die streitige Verwaltung sei jedenfalls nicht im Gerichtsbezirk geführt worden, dann muß der Kläger den Sitz der Verwaltung im Zuständigkeitsstreit beweisen. Macht der Beklagte dagegen geltend, eine Vermögensverwaltung sei überhaupt nicht geführt worden, wird der Kläger dadurch allein im Rahmen der Zuständigkeitsfrage noch nicht zum Be-

---

99) Petersen, Gruchot 37, 20.

100) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 31 Anm. II; Baumbach-Lauterbach, § 31 Anm. 1 A.

weis genötigt. [101]

ee) Der Gerichtsstand des Begehungsortes der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO)

Klagt der Kläger im Gerichtsstand des § 32 ZPO und bestreitet der Beklagte, eine unerlaubte Handlung begangen zu haben, so reicht dies nicht aus, um den Kläger zum Beweis im Zuständigkeitsstreit zu zwingen. Andererseits genügt aber auch nicht die bloße Behauptung des Klägers, der Beklagte habe im Gerichtsbezirk durch die im einzelnen bezeichneten Tatsachen eine unerlaubte Handlung begangen. [102] Besteht nämlich Streit darüber, ob sich der vom Kläger behauptete Vorgang im Gerichtsbezirk zugetragen hat, so hat der Kläger diese lokale Beziehung der anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen, weil der Tatort der unerlaubten Handlung außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegt. Klagt also z.B. X gegen den in einem anderen Gerichtsbezirk wohnhaften Y mit der Behauptung auf Schadensersatz, Y habe ihn in A mit einem Fahrrad schuld-

---

101) So Petersen, Gruchot 37, 21 f.; Petersen-Remelé-Anger, § 31 Anm. 6; RG, Urteil vom 28. 6. 1889, JW 1889, 304. Anders Stein, Gruchot 28, 444 f. und Kohler, AcP 70, 233 f.; die Dinge liegen aber nicht anders als in den §§ 29, 30 ZPO.

102) Nikisch, § 26 I 2, S. 103 und Anm. zu LAG Hamm AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; Petersen-Remelé-Anger, § 32 Anm. 17; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; Stein-Juncker, S. 100; Stein, Gruchot 28, 443 f.; Kohler, AcP 70, 234 f.; Petersen, Gruchot 37, 22 ff.; Lüke, AöR 84, 191; Rupp, AöR 85, 165 f.; Volkmar, RdA 1950, 15 und Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und zu LAG Hamburg AP 50 Nr. 194. RG, Urteil vom 14. 11. 1912, Warn. 1913 Nr. 53 = JW 1913, 202, vom 26. 5. 1913, Warn. 1913 Nr. 387 = JW 1913, 926 = Gruchot 58, 473 (474), vom 12. 12. 1918, RGZ 95, 268 (270); OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. 3. 1951, GRUR 1951, 516. Vgl. auch schon die Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 31. 1. 1863, SA 19 Nr. 73.

haft angefahren und verletzt und leugnet Y dies, so leugnet er damit die unerlaubte Handlung, aus der sich allein die Zuständigkeit des Gerichts A ergibt. Er zwingt dadurch aber X nicht zum Beweis im Zuständigkeitsstreit; denn das Bestreiten der Verpflichtung allein stellt noch kein Bestreiten der Zuständigkeit dar. Wendet Y jedoch ein, der vom Kläger X dargestellte Sachverhalt habe sich nicht an der vom Kläger bezeichneten, zum Gerichtsbezirk A gehörigen, sondern an einer anderen, 200 Meter davon entfernten Stelle, die zum Gerichtsbezirk B gehört, zugetragen, so muß das Gericht im Zuständigkeitsstreit darüber Beweis erheben, ob die vom Kläger bezeichnete Stelle der Unfallort war; denn hier ist eine Tatsache im Streit, die außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegt.

Die hiervon abweichende Meinung von Schönke-Schröder-Niese[103], eine schlüssige Klage aus unerlaubter Handlung, die nach der Behauptung des Klägers in X begangen sei, begründe die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk X liege, läßt sich durch die Berufung auf die auch von ihnen gebrauchte Formel vom Zusammenfallen der zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen nicht rechtfertigen und wird auch nicht näher begründet. Auch die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart [104] gibt nichts für eine solche Auffassung her. In dieser Entscheidung heißt es ausdrücklich, die Beklagte könne die Behauptung des Klägers über den Begehungsort der unerlaubten Handlung "nicht ernstlich bestreiten"; nicht wegen des Zusammenfalls von an - spruchs- und zuständigkeitsbegründenden Tatsachen, sondern wegen Nichtbestreitens des Tatorts durch die Beklagte ist hier also eine Beweisaufnahme unterblieben.

---

103) § 38 IV, S. 183.
104) Urteil vom 8. 12. 1953, NJW 1954, 515.

ff) Allgemeine Bemerkungen zu den §§ 29 bis 32 ZPO

α) Wie dargelegt, ist die örtliche Beziehung des geltend gemachten Anspruchs im Streitfall im allgemeinen zu beweisen. In keinem der erörterten Zuständigkeitsfälle kommt es zu einer Beweisaufnahme im Zuständigkeitsstreit, wenn der Beklagte lediglich den Anspruch bestreitet. So ist das Bestreiten der unerlaubten Handlung im Deliktsgerichtsstand oder das Bestreiten des Abschlusses oder der Wirksamkeit des Vertrages noch kein wirksames Bestreiten der Zuständigkeit. Deshalb nötigt ein solches Bestreiten allein den Kläger noch nicht etwa dazu, wenigstens nachzuweisen, daß am Gerichtsort gewisse Handlungen vorgekommen sind, aus denen er den Klaganspruch ableitet. Das ist erst dann der Fall, wenn das Vorbringen des Beklagten dahin zu verstehen ist, daß (auch) die lokale Beziehung als solche bestritten wird.

Wird die lokale Beziehung bestritten, so ist stets zu beachten, ob es sich tatsächlich um ein Bestreiten der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen handelt oder ob sich das Vorbringen des Beklagten nicht vielmehr auf einen anderen Anspruch bezieht. Der vom OLG Braunschweig am 2. 6. 1905 [105] entschiedene Fall mag dies verdeutlichen: Der Kläger verlangte Zahlung auf Grund eines Vertrages mit Erfüllungsortsabrede vom August. Der Beklagte, der behauptete, er habe gezahlt, machte die Unzuständigkeit des Gerichts mit der Behauptung geltend, die Lieferungen des Klägers seien auf Grund eines Vertrages vom Oktober erfolgt, der einen Gerichtsstand nicht vorgesehen habe. Das Oberlandesgericht hat das angerufene Landgericht für die lediglich auf den Vertrag vom August gestützte Klage nach § 29 ZPO als zuständig angesehen. Die Einrede der Unzuständigkeit wäre, wie das Gericht feststellte, nur dann in Betracht gekommen, wenn der Kläger andere Verträge herangezogen hätte. Mit Recht hat das Gericht im

---

105) OLG 11, 47.

Zuständigkeitsstreit keinen Beweis erhoben; denn das Vorbringen des Beklagten betraf einen anderen als den vom Kläger geltend gemachten Klaganspruch, und die Erfüllungsortsabrede des vom Kläger geltend gemachten Klaganspruchs wurde als solche nicht bestritten.

Nicht stets obliegt dem Kläger die Beweislast. Für diese gelten vielmehr die allgemeinen Grundsätze. Bereits oben wurde ein Fall erörtert, bei dem die Beweislast dem Beklagten zufiel: Behauptet der Beklagte die Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Erfüllungsortes, dann hat er diese Vereinbarung zu beweisen. [106] Ficht der Beklagte die Vereinbarung eines Erfüllungsortes an, dann trägt er die Beweislast hinsichtlich des Anfechtungstatbestandes. [107]

β) Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß man in den Fällen der §§ 29 bis 32 ZPO prinzipiell zu den gleichen Ergebnissen kommt, einerlei ob man die Formel verwendet, nach der beim Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen die Behauptung genügt oder ob man die Behauptung maßgebend sein läßt, wenn und soweit sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs richtet. Schließlich kommen auch die Kritiker der herrschenden Formel zum gleichen Ergebnis. Denn die lokale Beziehung des erhobenen Anspruchs gehört grundsätzlich nicht zu den klagebegründenden Tatsachen.

Nicht gefolgt werden kann jedoch einigen in der Rechtsprechung gegebenen Begründungen, mit denen das Ergebnis, daß beim Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen die Behauptung genüge, gerechtfertigt wird. So führt das Reichsgericht in dem grundlegenden Urteil vom 11. 3. 1892 [108] u.a. aus: "In solchem Falle ist entweder

---

106) Vgl. oben S. 43 f.

107) Vgl. Stein, Gruchot 28, 440; Petersen, Gruchot 37, 9; Petersen-Kemelé-Anger, § 29 Anm. 16.

108) RGZ 29, 371 (373); Hervorhebung vom Verf.

der Anspruch begründet und d a m i t z u g l e i c h die Zuständigkeit festgestellt, oder er ist unbegründet, und es erfolgt Abweisung der Klage." Ähnlich heißt es im Urteil vom 26. 5. 1913 [109]: "Hierbei besteht auch nicht etwa die Gefahr, daß der Beklagte durch einen unzuständigen Richter verurteilt werden könnte. Denn wird der Beweis der Klagebehauptungen nicht erbracht, so muß die Klage abgewiesen werden; gelingt aber der Beweis, so ist d a m i t auch die Zuständigkeit nachgewiesen, und das Gericht, das den Beklagten zur Sache verurteilt, hat notwendigerweise auch die örtliche Zuständigkeit."

Wenn man in den Fällen der §§ 29, 32 ZPO die Behauptung genügen läßt, so deshalb, weil die Zuständigkeit bereits mit der Erhebung des Anspruchs aus Vertrag oder unerlaubter Handlung gegeben ist, nicht jedoch erst mit dem Beweis. Richtet sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des Anspruchs, dann ist sie d a m i t gegeben, daß ein solcher Anspruch erhoben wird; denn die Zuständigkeit kann immer nur für einen behaupteten Anspruch geprüft werden. [110] Eine Beweisfrage taucht insoweit für die Zuständigkeit überhaupt nicht auf, eben weil die Zuständigkeit mit der Erhebung des Anspruchs bereits feststeht. Deshalb ist auch die Situation bei Zuständigkeit und Begründetheit verschieden; während jene mit der Erhebung des Anspruchs vorliegt, ist diese erst mit dem Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen gegeben. Danach ist es auch unzutreffend, zu sagen, die Zuständigkeit stehe u n d f a l l e mit dem Anspruch selbst, wie es das Reichsgericht im Urteil vom 11. 3. 1892 [111] ausspricht. Denn fallen kann sie mit dem Anspruch gerade nicht.

---

109) Gruchot 58, 473 (474) = JW 1913, 926 = Warn. 1913 Nr. 387; Hervorhebung vom Verf.

110) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 3 vor § 12.

111) RGZ 29, 371 (374).

γ) Die dargestellte Verknüpfung von Zuständigkeits- und Anspruchsbeweis war es auch, die das Reichsgericht im Urteil vom 13. 12. 1904 [112] zu der Konsequenz führte, die Klage wegen Unzuständigkeit abzuweisen, weil die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht bewiesen waren. Im entschiedenen Fall wurde der Gerichtsstand des Erfüllungsortes verneint, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht bestand. Das Reichsgericht erklärt den Grundsatz, daß ein selbständiger Nachweis der Zuständigkeit beim Zusammenfallen der zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen nicht erfordert wird, damit, daß in diesen Fällen der Nachweis des Anspruchs selbst zugleich den Nachweis der Zuständigkeit in sich schließe. Es folgert daraus, daß die Klage beim Mißlingen des Nachweises wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei, weil die Zuständigkeit die notwendige Voraussetzung für eine Entscheidung in der Hauptsache bilde. Bei einem "Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen" sollte nach herrschender Meinung aber gerade die Behauptung genügen. Das bedeutet einmal, daß der Klage, wenn die Behauptung bewiesen und auch die übrigen anspruchsbegründenden Tatsachen gegeben sind, sachlich stattgegeben wird, zum anderen aber auch, daß die Klage, wenn die Behauptung nicht bewiesen wird, sachlich abzuweisen ist; die Beweiserhebung gehört somit nicht in das Zuständigkeits-, sondern in das Begründetheitsstadium.

Mit Recht bemerkt das Reichsgericht im Urteil vom 26. 5. 1913 [113]: "Diese Annahme [114] beruht auf der Erwägung, daß unzweckmäßige Weiterungen entständen, wenn das Gericht bei

---

112) Recht 1905 Nr. 318 S. 81.

113) JW 1913, 926 = Gruchot 58, 473 f. = Warn. 1913Nr. 387.

114) Daß zur Begründung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts schon die bloße Behauptung der einschlägigen Tatsachen genügt, wenn die zuständigkeits- und die klagebegründenden Tatsachen zusammenfallen.

Fällen der bezeichneten Art in einem besonderen Verfahren über die streitigen Behauptungen Beweis erheben und durch Urteil allein über seine Zuständigkeit entscheiden müßte (§ 275 ZPO), obwohl es durch den gleichen Sach- und Streitstand bereits in die Lage gesetzt wäre, über den Klaganspruch selbst eine sachliche Entscheidung zu treffen." Einem solchen unerwünschten Ergebnis solle dadurch vorgebeugt werden, daß die bloße Behauptung der einschlägigen Tatsachen genügen solle, wenn die zuständigkeits- und die klagebegründenden Tatsachen sich deckten. Das Gericht ist also durch die Beweisaufnahme in die Lage gesetzt, eine sachliche Entscheidung, also auch eine sachlich abweisende Entscheidung, zu treffen.

Es ist hiernach daran festzuhalten, daß die Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs allein die Begründetheit betrifft. Ein anderes Ergebnis würde übrigens auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien widersprechen, zu dem auch eine gleichmäßige Verteilung des Risikos am Prozeßausgang gehört. [115] Eine solche gleichmäßige Verteilung wäre dann nicht gegeben, wenn der Kläger zwar eine Verurteilung des Beklagten, der Beklagte aber keine sachliche Abweisung des Klaganspruchs erreichen kann. Die Unzuständigkeitsentscheidung gibt dem Beklagten nicht die gesicherte Stellung, die der Kläger bei einem anderen Ausgang der Beweisaufnahme erreichen würde. Hat das Gericht nämlich die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit abgewiesen, so hindert die Rechtskraft dieses Urteils den Kläger nicht, die Klage vor einem anderen Gericht zu erheben. Der Kläger könnte also eine Zuerkennung seines Anspruchs, der Beklagte aber keine Aberkennung erlangen. Dem Kläger wäre bei einer ihm nachteiligen Entscheidung eine Wiederholung des Prozesses möglich, dem Beklagten im umgekehrten Fall nicht. Die Entscheidung des

---

115) Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 15. Vgl. auch Zeuner, S. 35 und Bötticher, ZZP 65, 467.

Reichsgerichts vom 13. 12. 1904 ist also auch aus diesem Grund abzulehnen; die Klage hätte als unbegründet abgewiesen werden müssen. [116]

II. Sachliche Zuständigkeit

Die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ähnelt im allgemeinen der Prüfung der sachlich bestimmten örtlichen Zuständigkeit. [117] Für die Verteilung der Zuständigkeit zwischen Amts- und Landgericht ist hier zunächst maßgebend, ob es sich um eine vermögensrechtliche oder nichtvermögensrechtliche Streitigkeit handelt (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Bei der Prüfung, ob eine vermögensrechtliche oder nichtvermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt, entscheiden die vom Kläger aufgestellten schlüssigen Behauptungen. Es findet also zwar eine rechtliche Prüfung statt, jedoch keine Beweisaufnahme. [118]

Innerhalb der vermögensrechtlichen Streitigkeiten richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Wert des Streitgegenstandes. Hierbei ist für das Verfahren der Zuständigkeitsprüfung zu unterscheiden, ob sich das Klagebegehren auf eine Geldsumme richtet oder nicht. Bei einer auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Klage ist die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben, ohne daß es hinsichtlich der Höhe der Forderung zu einer Beweisaufnahme oder einer Schlüs-

---

116) Richtig RG, Urteil vom 1. 7. 1899, Gruchot 44, 1150 (1151 f.) = JW 1899, 531, das ausdrücklich ausspricht, die Klage sei als unbegründet abzuweisen, wenn sich die Behauptungen des Klägers als unrichtig erwiesen; desgleichen LAG Düsseldorf, Urteil vom 3.10.1938, ARS 35, 65 (LAG); LAG Hamburg, Urteil vom 6.2.1950, AP 50 Nr. 194. Ebenso Sydow-Busch-Krantz-Triebel, vor § 12; Wieczorek, § 12 Anm. B II a 1 und § 29 Anm. A II; Thomas-Putzo, § 29 Anm. 2 c; Volkmar, RdA 1950, 15. Anders Petersen-Remelé-Anger, 5 vor § 12.

117) Vgl. Nikisch, § 26 I 2, S. 103.

118) Rosenberg, § 31 I 2 b, S. 128; § 31 III 2 zu a-d, S. 131; § 38 I 2 a, S. 151.

sigkeitsprüfung käme. So begründet eine Kaufpreisklage auf Zahlung von 2000 DM ohne weiteres die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts, auch wenn sich später ergibt, daß die Forderung nicht oder nur in Höhe von 500 DM besteht. Hier ist die Zuständigkeit ohne weitere - außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegende - Voraussetzungen gegeben;[119] zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen fallen insoweit zusammen.[120] Anders als bei der sachlich bestimmten örtlichen Zuständigkeit richtet sich die Zuständigkeit hier nicht nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs, sondern nach seiner Höhe; die Zuständigkeit ist in diesen Fällen dadurch begründet, daß ein Anspruch in dieser Höhe erhoben wird.[121]

Besteht der Streitgegenstand jedoch nicht in einer bestimmten Geldsumme, so reicht die Behauptung des Klägers über den Wert nicht aus; entscheidend ist vielmehr der wirkliche Wert, so daß insofern im Zuständigkeitsstadium Beweis zu erheben ist, wenn anders eine Festsetzung nach freiem Ermessen (§ 3 ZPO) nicht erfolgen kann; denn der Wert eines Gegenstandes gehört nicht zu den anspruchsbegründenden Tatsachen.[122]

Soweit das Gerichtsverfassungsgesetz in § 23 Nr. 2 und § 71 Abs. 2 abweichend von der allgemeinen Regelung dem Gericht die Entscheidung über bestimmte Ansprüche zuweist, ist die Situation die gleiche wie bei der sachlich bestimmten örtlichen Zuständigkeit, bei der dem Gericht ebenfalls die Entscheidung über bestimmte Ansprüche zugewiesen ist.

---

119) Rosenberg, § 38 I 2 b, S. 152; Kohler, AcP 70, 224 f.

120) Vgl. Schönke-Schröder-Niese, § 38 IV, S. 183.

121) Vgl. auch Baumgärtel, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, der zutreffend von der Zuständigkeit, die sich nach Art oder Umfang des erhobenen Anspruchs richtet, spricht.

122) R. Schmidt, S. 680; Kohler, AcP 70, 247 f., Beiträge, S. 121; Lent-Jauernig, § 9 III 1, S. 27. Im Ergebnis ebenso Hellwig, Lehrbuch II, S. 180.

Weist das Gesetz dem Gericht Streitigkeiten zwischen bestimmten Personen über bestimmte Verhältnisse zu, wie in § 23 Nr. 2 GVG, so ist die Situation eine ähnliche wie bei der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen ordentlichen und Arbeitsgerichten.[123] Die Zuständigkeitsprüfung im Verhältnis zwischen ordentlichen und Arbeitsgerichten ist der am meisten erörterte und umstrittene Fall der sachlichen Zuständigkeit. Er soll in einem besonderen Kapitel eingehender behandelt werden. Die dort zu gewinnenden Ergebnisse sind auch für die entsprechenden Fälle der sachlichen Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit von Bedeutung; insoweit sei an dieser Stelle auf das folgende Kapitel verwiesen.

III. Die Prorogation

Die hinsichtlich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zulässige Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts (§ 38 ZPO) hat mit den anspruchsbegründenden Tatsachen nichts zu tun, auch wenn sie einen Teil des streitigen Vertrages darstellt. Über die vom Kläger behauptete Prorogation ist daher im Streitfall Beweis zu erheben.[124]

---

123) Beispiel: Der Räumungsklage nach § 23 Nr. 2 a GVG hält der Beklagte entgegen, es liege kein Miet-, sondern ein Pachtverhältnis vor. Für letzteres ist das Amtsgericht aber nach dieser Bestimmung nicht zuständig (h. M., vgl. RG, Beschluß vom 26. 9. 1932, JW 1933, 516 f.; OLG München, Beschluß vom 20. 7. 1914, OLG 29, 77; OLG Braunschweig, Urteil vom 6. 2. 1902, OLG 5, 23; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 1 Anm. II 2 a; Schönke-Schröder-Niese, § 37 II a, S. 177; Wieczorek, § 23 GVG Anm. B III a 2; Zöller, § 23 GVG Anm. 3 Nr. 2 a; Baumbach-Lauterbach, § 23 GVG Anm. 4 C a. E.; anders Rosenberg, § 31 II 2 a, S. 129 und Blomeyer, § 5 III 1 b, S. 29).

124) Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 39; Rosenberg, § 38 I 2 c, S. 152; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 3 vor § 12; Kohler, AcP 70, 243 f., 246 f., der im Unterschied zur Vereinbarung des Erfüllungsortes in der Prorogation eine vom Klagbegehren ganz unabhängige Kompetenztatsache sieht, die den klägerischen Anspruch in keiner Weise berühre.

Das Problem, das sich dann ergibt, wenn der Hauptvertrag die Gerichtsstandsvereinbarung enthält und der Beklagte die Ungültigkeit des Hauptvertrages einwendet, wird von der (neueren) ständigen Rechtsprechung und dem Schrifttum als Auslegungsproblem angesehen: man nimmt im Zweifel die Zuständigkeitsregelung als auch für den Fall getroffen an, daß Streit über die Gültigkeit des Vertrages, in dem sie vereinbart ist, besteht; die Unwirksamkeit des Hauptvertrages soll im Zweifel die Zuständigkeitsregelung nicht ergreifen. [125] So hat das Reichsgericht ausgeführt, die Vereinbarung über die Zuständigkeit sei gerade auch für den wichtigsten Streitfall, daß der Bestand des Vertrages geleugnet oder angefochten werde, als gewollt anzusehen; in diesem Fall habe die Vereinbarung eine selbständige Bedeutung und sei daher von dem Bestand des Vertrages unabhängig. [126]

Zweifelhaft ist jedoch, wie zu verfahren ist, wenn die Auslegung ausnahmsweise einmal etwas anderes ergibt. Von der Regel, nach der das prorogierte Gericht auch Streitigkeiten über die Gültigkeit des Hauptvertrages entscheiden soll, [127] wäre der Ausnahmefall, daß diese Streitigkeiten von der Zuständigkeitsvereinbarung nicht erfaßt würden. Geht man von dem Regelfall aus, daß die Unwirksamkeit des Hauptvertrages die Zuständigkeitsvereinbarung nicht ergreift, müßte im Ausnahmefall die Zuständigkeitsvereinbarung mit der Unwirksamkeit des Hauptvertrages ebenfalls unwirksam sein. [128] In beiden Aus-

---

125) Vgl. hierzu RG, Urteil vom 10. 5. 1915, RGZ 87, 7 (10), vom 22. 3. 1933, RGZ 140, 149 (151) = JW 1933, 1886 f. mit Anm. Walsmann; BGH, Urteil vom 19. 1. 1960, LM Nr. 4 zu § 38 ZPO = BB 1960, 265 = ZZP 73, 255; OLG Hamburg, Urteil vom 6. 4. 1949, MDR 1949, 368.
Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 A, Seuffert-Walsmann, Anm. 1, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 2, Wieczorek, Anm. C I a 1, sämtlich zu § 38; Rosenberg, § 36 I 1, S. 146; Schönke-Schröder-Niese, § 41 III 2, S. 191; Baumgärtel, S. 227 ff.; Schiedermair, S. 157 f.

126) RGZ 140, 149 (151).

127) Vgl. BGH, Urteil vom 19. 1. 1960, LM Nr. 4 zu § 38 ZPO.

128) So z.B. Schiedermair, S. 158.

nahmefällen wäre das Verfahren nicht das gleiche: im ersten Fall genügte der Einwand des Beklagten, der Hauptvertrag sei unwirksam, zur Begründetheit der Unzuständigkeitseinrede, auf die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit des Hauptvertrages käme es überhaupt nicht an, weil der Streit darüber von der Zuständigkeitsregelung nicht betroffen würde - im zweiten Fall müßte jedoch im Zuständigkeitsstreit über die Gültigkeit des Hauptvertrages entschieden werden. Die Alternative, ob im Zweifel die Nichtigkeit des Hauptvertrages die Zuständigkeitsvereinbarung ergreift oder ob die Zuständigkeit auch für den Streit um die Gültigkeit des Hauptvertrages als vereinbart anzusehen ist, [129] erscheint deshalb nicht zutreffend, weil sie die Fragen nach Gültigkeit und Gegenstand der Prorogation nicht trennt.

Statt zu fragen, ob die Zuständigkeitsvereinbarung das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages teile, ist die richtige Methode vielmehr, nicht vom materiellrechtlichen Vertrag, sondern vom prozeßrechtlichen Vertrag auszugehen, so wie es Kisch [130] für den Schiedsvertrag getan hat. Die selbständige Bedeutung des prozeßrechtlichen Vertrages ergibt sich aus seiner prozessualen Wirkung. Es kann nun einmal so liegen, daß die Zuständigkeitsvereinbarung unwirksam ist, nicht aber der Hauptvertrag. [131] Der Prorogationsvertrag kann aber auch von demselben Mangel wie der Hauptvertrag betroffen sein, z.B. bei Geschäftsunfähigkeit einer Partei. Er ist dann ebenso wie der Hauptvertrag ungültig, aber nicht wegen dessen Unwirksamkeit, sondern wegen seiner eigenen Fehlerhaftigkeit. Schließlich kann er für sich wirksam sein, während der Hauptvertrag möglicherweise unwirksam ist. In diesem Fall ist nicht nach der Gültigkeit des Prorogationsvertrages, sondern nach seinem Gegenstand zu fragen: dieser kann den Streit über die Wirk-

---

129) Vgl. etwa Baumgärtel, S. 227.

130) Judicium 1931, 59.

131) Vgl. Kohler, Gruchot 31, 484 = Beiträge S. 182.

samkeit des Hauptvertrages umfassen, er kann sich aber, was nach herrschender Meinung als Ausnahme anzusehen ist, auf Streitigkeiten über die Rechtsfolgen eines - unstreitig - gültigen Hauptvertrages beschränken.

Die Zuständigkeitsvereinbarung ist also stets von den anspruchsbegründenden Tatsachen zu trennen; daß möglicherweise Hauptvertrag wie Prorogationsvertrag an demselben Mangel leiden, ändert nichts daran, daß über die prorogationsbegründenden Tatsachen - und zwar nur über diese - im Zuständigkeitsstreit Beweis zu erheben ist.

IV. Ergebnis

Nach der Erörterung der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften sei als Ergebnis folgendes festgehalten:

Bei der Zuständigkeitsprüfung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist prinzipiell zu unterscheiden, ob sich die Zuständigkeit nach der Art oder dem Umfang des erhobenen Anspruchs richtet oder ob sie auf anderen - außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegenden - Merkmalen beruht. Im letzteren Fall müssen die betreffenden Merkmale schlüssig dargelegt und gegebenenfalls bewiesen werden. Soweit sich die Zuständigkeit nach der Art des erhobenen Anspruchs richtet, ist die schlüssige Qualifizierung des Anspruchs zur Begründung der Zuständigkeit erforderlich, aber auch genügend. Wird die Zuständigkeit durch den Umfang des geltend gemachten Anspruchs bestimmt, so ist sie damit gegeben, daß ein Anspruch in dem entsprechenden Umfang erhoben wird.

2. Kapitel

Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

A. Überblick über die Lösungsmöglichkeiten

Anders als die Zuständigkeitsprüfung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist die Zuständigkeitsprüfung durch die Arbeitsgerichte schon vom Grundsatz her sehr umstritten. Die Skala der Meinungen - die sich insbesondere auch in der unterschiedlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts widerspiegelt - reicht von der Auffassung, die die Rechtsbehauptung des Klägers genügen läßt, bis zu der Auffassung, die eine Beweisaufnahme auch beim Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Behauptungen fordert. So hat man einerseits die Rechtsansicht des Klägers, es liege ein privatrechtliches Dienstverhältnis vor, ausreichen lassen,[1] andererseits aber die Beweiserhebung über das behauptete Arbeitsverhältnis in jedem Fall verlangt.[2] In der Mitte dieser Meinungsskala steht die herrschende Auffassung, die auch das Arbeitsgericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit nicht an die Rechtsausführungen des Klägers gebunden sein läßt, sondern verlangt, der Kläger müsse das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses schlüssig darlegen,[3] und die in der Be-

---

1) BAG, Urteil vom 7.10.1954, BAG 1, 102 = AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953, vom 29.3.1956, AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953.

2) Vgl. schon BAG, Urteil vom 30.6.1958, BAG 6, 160 = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Bötticher, ZZP 72, 44 ff. (53 ff.).

3) Dersch-Volkmar, § 1 Anm. 165, 170; Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 34; Schnorr von Carolsfeld, S. 466; Gerstel, Anm. zu RAG ARS 6, 43 (45); Nikisch, Anm. zu LAG Hamm AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953; Baumgärtel, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Bötticher, SAE 1960, 122; Gros, AR-Blattei, Arbeitsgerichtsbarkeit V B III 1 (allerdings werden die Fälle gerade anders liegen als in dem von Gros gebildeten Beispielsfall; der Kläger, der der Ansicht ist, es liege ein Gesellschaftsverhältnis vor, wird schwerlich zum Arbeitsgericht gehen). RAG, Urteil vom 2.7.1928, RAG 2, 119 = ARS 3, 87, vom 27.4.1929, ARS 6, 43 mit Anm. Gerstel, vom 6.2.1937, ARS 29, 303 = JW 1937, 2069; BAG, Urteil vom 8.12.1959, BAG 8, 260 = AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = SAE 1960, 118 = NJW 1960, 358.

weisfrage unterscheidet, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen oder nicht und sich nur in ersterem Fall mit der Behauptung des Klägers begnügt. [4] Allerdings ist hier umstritten, wann diese Tatsachen zusammenfallen und wann nicht. Hält der Beklagte der Klage aus Arbeitsverhältnis entgegen, es liege in Wahrheit ein Gesellschaftsverhältnis vor, so sollen nach der einen Auffassung zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen, die Behauptung, ein Arbeitsverhältnis liege vor, also genügen, [5] nach der anderen hingegen nicht. [6] Auch hat man die Formel dahin erweitert, daß man einen Beweis nur dann nicht für erforderlich hält, wenn zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen in der Weise zusammenfallen, daß bei ihrem Nichtvorliegen auch der Klaganspruch entfällt. [7]

---

4) Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 34, 35; Götz Hueck in Hueck-Nipperdey, S. 916 f. Fußnote 20; Volkmar, RdA 1950, 15 f. und Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und LAG Hamburg AP 50 Nr. 194; Dietz, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 (II 2); Baumgärtel, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Herschel, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung (Nr. 2); Neumann-Duesberg, SAE 1962, 41. RAG, Urteil vom 6.2.1937, ARS 29, 303 = JW 1937, 2069; BAG, Urteil vom 24.9.1958, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, vom 21.8.1961, BAG 11, 259 = AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = JZ 1962, 316 = NJW 1961, 2177; LAG Düsseldorf, Urteil vom 3. 10. 1938, ARS 35, 65 (LAG); LAG Hamburg, Urteil vom 6.2.1950, AP 50 Nr. 194; LAG Düsseldorf (Köln), Urteil vom 15.9.1950, AP 51 Nr. 221; BGH, Urteil vom 9.12.1963, AP Nr. 27 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = LM Nr. 2 zu HGB/ÄndG 1953 = NJW 1964, 497 (498).

5) Volkmar, Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und zu LAG Hamburg AP 50 Nr. 194; BAG, Urteil vom 25.8.1956, AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953.

6) Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 35 und Dietz, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 a. E.

7) LAG Hamm, Urteil vom 7.7.1955, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Nikisch; LAG Baden-Württemberg (Mannheim), Urteil vom 11.7.1956, ARSt. 1956 XVI Nr. 669 Leitsatz 2; BAG, Urteil vom 13.3.1964, BAG 15, 292 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1964, 1435.

Eine Auseinandersetzung erfordert schließlich die auch im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit vertretene Auffassung, die die Behauptungen ohne die von der herrschenden Formel gemachte Einschränkung genügen läßt, [8] weil man offenbar davon ausgeht, die Zuständigkeit richte sich nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs.

B. Prüfung der Schlüssigkeit der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen

In der Frage, ob die Zuständigkeit vom Kläger schlüssig darzulegen ist, ist mit der herrschenden Meinung auch im Arbeitsgerichtsverfahren davon auszugehen, daß das Gericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit nicht an die Rechtsausführungen des Klägers gebunden ist; es hat vielmehr zu prüfen, ob das tatsächliche Vorbringen des Klägers die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts rechtfertigt. [9] So ist das Arbeitsgericht nach dieser Auffassung nicht schon dadurch zuständig, daß der Kläger die Rechtsansicht vertritt, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden; die Zuständigkeit ist vielmehr erst dann gegeben, wenn sich das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses aus den der Klage zugrunde liegenden Tatsachen schlüssig ergibt.

---

8) Dersch-Volkmar, § 1 Anm. 165 (in der Anmerkung zu LAG Hamburg AP 50 Nr. 194 fügt Volkmar jedoch dem Satz, bei der Prüfung der Zuständigkeit sei von den Behauptungen der Klage auszugehen, die Einschränkung der herrschenden Formel ausdrücklich hinzu); Gerstel, Anm. zu RAG ARS 6, 43 (45); Gros, ARBlattei Arbeitsgerichtsbarkeit V B (III 1); Zöllner, Anm. zu BAG AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953; RAG, Urteil vom 2. 7. 1928, RAG 2, 119 = ARS 3, 87, vom 27. 4. 1929, ARS 6, 43, vom 4. 6. 1930, ARS 10, 18, vom 28. 3. 1931, ARS 12, 190, vom 17. 6. 1931, ARS 13, 519.

9) Vgl. die Nachweise in Fußnote 3.

Nach der insbesondere von Volkmar [10] vertretenen Auffassung soll die Rechtsansicht des Klägers jedoch dann maßgebend sein, wenn zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen. So führt Volkmar [11] aus: "Fallen bei einer vor dem Arbeitsgericht erhobenen Klage die Umstände, die die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit begründen, mit denen, die den erhobenen Anspruch sachlich rechtfertigen würden, so vollständig zusammen, daß der Anspruch entweder überhaupt nicht entstanden sein oder, falls er entstanden wäre, der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit unterfallen würde, so ist bei der Zuständigkeitsprüfung sowohl die Klagebehauptung selbst als auch die vom Kläger gegebene rechtliche Charakterisierung zugrunde zu legen. Ergibt dann die nähere Prüfung, daß der Anspruch, so wie er geltend gemacht ist, nicht besteht, so ist die Klage sachlich, nicht aber wegen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts, abzuweisen." Betrachtet man jedoch das Beispiel, an dem Volkmar seine Auffassung entwickelt, so erscheint es fraglich, ob hier eine Abweichung von der herrschenden Meinung vorliegt. In dem von Volkmar gebildeten Beispielsfall waren zwei Arbeiter in einem Betrieb in Streit geraten, der in Tätlichkeiten ausartete und zur Verletzung eines der beiden führte. Der zur Bejahung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte erforderliche "Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis" stand fest, der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt ergab jedoch, daß sein Gegner die ihm zugefügte Verletzung aus Notwehr begangen hatte, eine unerlaubte Handlung also nicht vorlag. Volkmar meint dazu, es wäre falsch, wenn das Arbeitsgericht ohne Sachentscheidung nur seine Unzuständigkeit ausspräche. Denn über den Anspruch, so wie er erhoben sei, könne nur das Arbeitsgericht ent-

---

10) RdA 1950, 15 f.; vgl. auch Dietz, Anm. II 2 zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953. Das Reichsarbeitsgericht hat eine derartige Auffassung im Urteil vom 6. 2. 1937, ARS 29, 303 = JW 1937, 2069 ausdrücklich abgelehnt.

11) RdA 1950, 15 f.

scheiden, das den Klaganspruch sachlich abzuweisen habe. Deshalb erleide der an sich richtige Satz, daß das Gericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit zwar von den Klagebehauptungen auszugehen habe, aber an die in der Klage gegebene rechtliche Würdigung nicht gebunden sei, insoweit eine natürliche Einschränkung.

Der Beispielsfall Volkmars ist auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht anders zu lösen. Eine Abweichung von dieser Meinung könnte man nur dann empfinden, wenn man nicht genügend berücksichtigt, daß Zuständigkeits- und Anspruchsschlüssigkeit voneinander zu trennen sind und für erstere die schlüssige Qualifizierung des Anspruchs ausreicht. Schlüssig qualifiziert war jedoch der Anspruch in dem Beispielsfall von Volkmar. Daß die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht schlüssig waren, war allein im Stadium der sachlichen Begründetheit zu beachten.

Eine die Schlüssigkeitsprüfung im Zuständigkeitsstadium einschränkende Auffassung kommt allerdings in der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Ausdruck. So hat sich der 2. Senat im Urteil vom 7. 10. 1954 [12] für die Begründung der Zuständigkeit mit der Rechtsansicht des Klägers begnügt, zwischen ihm und der Beklagten sei ein Vorvertrag oder eine privatrechtliche Verpflichtung der Beklagten zum Abschluß eines Arbeitsvertrages entstanden. Im Leitsatz eines Urteils des 3. Senats vom 29. 3. 1956 [13] heißt es: "Sind mit der Klage Ansprüche aus einem angeblich[14] vorliegenden privatrechtlichen Dienstverhältnis erhoben und diese auch ausdrücklich auf die nur für Arbeitnehmer, nicht für Beamte geltenden Kündigungsvorschriften des Schwerbeschädigtenrechts gestützt, so genügt das zur Begründung der

---

12) BAG 1, 102 = AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Dietz = AuR 1955, 59 mit Anm. Mendigo.

13) AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Neumann-Duesberg.

14) D.h. nach der Rechtsansicht des Klägers, vgl. auch BAG, Urteil vom 8. 12. 1959, BAG 8, 260 (265).

Zuständigkeit. Nicht zu prüfen ist, ob das Vorbringen schlüssig ist, ob es also die Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften rechtfertigen kann." In einem weiteren Urteil des 2. Senats vom 6. 2. 1958 [15], in dem dieser an sein früheres Urteil anknüpft, wird ausgeführt, die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte hänge nicht davon ab, ob nach dem wahren Sachverhalt und seiner richtigen rechtlichen Würdigung einer der Fälle des Zuständigkeitskatalogs des § 2 ArbGG vorliege, es müsse vielmehr genügen, daß der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt für einen arbeitsrechtlichen Anspruch überhaupt Raum gebe; in dieser Entscheidung kam es allerdings auf die Schlüssigkeitsfrage nicht an, da der Kläger einen arbeitsrechtlichen Anspruch schlüssig behauptet hatte. [16]

Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht jedoch durch ein Urteil des 3. Senats - mit Zustimmung des 2. Senats - vom 8. 12. 1959 [17] ausdrücklich aufgegeben: "Bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit kommt es auf die Rechtsansicht des Klägers nicht an. Die Arbeitsgerichte sind nur dann zuständig, wenn der Sachvortrag des Klägers schlüssig die Voraussetzungen der §§ 2 ff. ArbGG erfüllt." In diesem

---

15) BAG 5, 139 (141) = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686.

16) Vgl. Zöllner, Anm. 5 zu AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953. Wenn das BAG zur Begründung seiner Auffassung ausführt, es könne nur von den Arbeitsgerichten materiell endgültig entschieden werden, ob der Kläger Arbeitnehmer und als solcher tariflich zu entlohnen sei, und eine derartige abschließende Entscheidung sei bei einer Abweisung als unzulässig wegen der Möglichkeit der anschließenden Anrufung der ordentlichen Gerichte - die an die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts nicht gebunden wären - nicht gewährleistet, so trifft dieser Grund - worauf Zöllner a.a.O. unter Nr. 3 hinweist - auch für die Schlüssigkeitsfrage zu; vgl. auch Bötticher, ZZP 72, 58.

17) BAG 8, 260 = AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Pohle = NJW 1960, 358 = SAE 1960, 118 mit Anm. Bötticher.

Urteil finden sich die Gründe, weshalb an der Ansicht, daß bei der Zuständigkeitsprüfung nicht nur der Sachvortrag, sondern auch die Rechtsausführungen des Klägers berücksichtigt werden müßten, nicht festgehalten werden kann: Unentbehrliche Grundlage der Rechtsfindung sei die Trennung von Tatsachen und Rechtsansichten. Das Gericht habe das Recht auf den von den Parteien beizubringenden Tatsachenstoff anzuwenden und dürfe sich keine Rechtsansicht einer Partei zu eigen machen. Dieser allgemeine Grundsatz habe auch für die Prüfung der Zuständigkeit zu gelten. [18] Mit ähnlicher Begründung hatte zuvor der 2. Senat im Urteil vom 16. 11. 1959 [19] ausgesprochen, eine Partei könne durch Rechtsausführungen nicht eine der Sache nach nicht gegebene gerichtliche Zuständigkeit herbeiführen; andernfalls hätte sie es in der Hand, durch unzutreffende und abwegige oder gar durch willkürlich aufgestellte Rechtsausführungen ein Gericht zu zwingen, sich mit einem Tatsachenkomplex zu befassen, für den es nach dem Sinn der Zuständigkeitsregelung nicht zuständig sein solle.

Mißverständlich wird die Frage der Schlüssigkeitsprüfung in einem Urteil des 5. Senats vom 21. 8. 1961 [20] behandelt. Der Senat verlangt zwar, bei einem Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Behauptungen seien die vorgetragenen Tatsachen darauf zu prüfen, ob sie schlüssig die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergäben, fügt jedoch hinzu, wenn dies nicht der Fall sei, komme es nicht darauf an, daß die von der die Zuständigkeit leugnenden Partei vorgetragenen rechtlichen Erwägungen die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts zweifelhaft erscheinen ließen. Hierin liegt eine Unklarheit: ist nämlich die Schlüssigkeit bejaht, so be-

---

18) BAG 8, 260 (265) = NJW 1960, 359 = SAE 1960, 118.

19) AP Nr. 13 zu § 276 (A 2) mit Anm. Pohle.

20) AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Pohle = JZ 1962, 316 mit Anm. Bötticher = NJW 1961, 2177.

stehen eben rechtliche Zweifel nicht mehr; [21] lehnt man auch im Zuständigkeitsstreit die Bindung des Gerichts an die Rechtsansicht des Klägers ab, läßt man vielmehr mit dem Schlüssigkeitserfordernis die objektiv zutreffende Rechtsansicht maßgebend sein, so kann sich das Gericht den Rechtsausführungen des Beklagten, die ja vielleicht auf den richtigen Weg führen können, nicht verschließen. [22] In Wirklichkeit liegt jedoch eine Abweichung von der neueren Rechtsprechung des 2. und 3. Senats nicht vor, denn die rechtlichen Erwägungen des Beklagten betrafen, worauf Bötticher [23] zutreffend hingewiesen hat, nicht den Komplex der zugleich zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Behauptungen, sondern die außerhalb dieses Komplexes gegen den Anspruch vorgetragenen rechtshindernden Einwendungen.

Seit den neueren Entscheidungen des 2. und 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts ist es auch in der Rechtsprechung herrschende Auffassung, daß die Arbeitsgerichte nur dann zuständig sind, wenn der Sachvortrag des Klägers schlüssig die Voraussetzungen der §§ 2 ff. ArbGG erfüllt. Auch hier muß zur Konkretisierung dieses Satzes gesagt werden, daß es für die Zuständigkeit nicht darauf ankommen kann, ob die anspruchsbegründenden Behauptungen schlüssig sind. [24] Da das Arbeitsgericht über arbeitsrechtliche Streitigkeiten, das ordentliche Gericht hingegen über sonstige bürgerlichrechtli-

---

21) So zutreffend Pohle, Anm. 1 zu AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

22) So zutreffend Bötticher, JZ 1962, 318 (2a).

23) JZ 1962, 318 (2b).

24) Vgl. Pohle, Anm. 2 zu BAG AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung. Zu den ähnlich liegenden Fällen aus der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte s. RG, Urteil vom 11. 4. 1935, RGZ 147, 253 (255), vom 30. 10. 1941, RGZ 167, 312 (315); BGH, Urteil vom 8. 7. 1953, BGHZ 10, 164 (165).

che Streitigkeiten zu entscheiden hat, kann es bei der Zuständigkeitsabgrenzung nur darauf ankommen, ob das vom Kläger behauptete Rechtsverhältnis arbeitsrechtlicher und nicht bürgerlichrechtlicher Natur ist, ob also etwa ein Arbeitsverhältnis, d.h. ein auf Leistung abhängiger Arbeit gerichtetes Rechtsverhältnis schlüssig dargelegt ist. Alles andere gehört in die Begründetheitsprüfung. Der Begriff "Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis" ist dabei weit zu fassen. Es fallen hierunter alle Ansprüche aus Leistung abhängiger Arbeit, mag es sich um Bereicherungsansprüche für geleistete Arbeit handeln, mag die Arbeit in Entgelterwartung erbracht sein oder lediglich als Rechtfertigungsgrund nachzuholender Vergütung angeführt werden. [25)]

Die bloße Rechtsbehauptung des Klägers kann auch dann nicht genügen, wenn nach der Zuständigkeitsordnung sowohl Arbeitsgerichte als auch ordentliche Gerichte über verschiedene Klagegründe eines einheitlichen Klageanspruchs zu entscheiden haben, wenn also für einen mehrgleisigen Anspruch verschiedene Rechtswege in Betracht kommen (z.B. Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers und Amtspflichtverletzung). [26)] Wie bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit muß auch hier eine schlüssige Qualifikation verlangt werden; der Anspruch selbst braucht hingegen nicht schlüssig begründet zu sein.

Zu den Unklarheiten bei der Schlüssigkeitsfrage hat wohl nicht zuletzt die Tatsache beigetragen, daß man die Fragen der Zuständigkeits- und Anspruchsschlüssigkeit nicht genügend unter-

---

25) Vgl. hierzu im einzelnen Bötticher, ZZP 72, 45 ff. und Mitt. d. Dt. ArbGerVerb. 1961 Nr. 21 S. 2 ff.

26) Unrichtig, jedenfalls in der Formulierung, insoweit LAG Baden-Württemberg (Mannheim), Urteil vom 11. 7. 1956, ARSt. 1956 XVI Nr. 669 Leitsatz 6.- S. zu diesen Fällen des näheren unten S. 105 ff.

schieden hat. Das zeigt auch der Leitsatz des Urteils des 2. Senats vom 6. 2. 1958 [27], dessen Auffassung der 3. Senat in seinem Urteil vom 8. 12. 1959 [28] ausdrücklich abgelehnt hat. In jenem Leitsatz heißt es, zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte sei nicht erforderlich, daß nach der wahren Rechtslage ein im Zuständigkeitskatalog des § 2 Abs. 1 ArbGG angeführter Anspruch begründet sei. Diese Formulierung weist in Wirklichkeit auf die materielle Schlüssigkeit hin, die im Zuständigkeitsstreit in der Tat nicht zu prüfen ist; insoweit ist an der Formulierung auch nach dem Urteil vom 8. 12. 1959 nichts auszusetzen.

C. Die Beweisfrage

I. Der Meinungsstand

Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung begegnet immer wieder der Einwand des Beklagten, der Kläger sei nicht Arbeitnehmer, sondern Gesellschafter oder selbständiger Handelsvertreter. Es fragt sich dann, ob das Gericht den Beweis über die vom Kläger behauptete Arbeitnehmereigenschaft im Zuständigkeitsstreit vorzunehmen hat oder ob es sich in diesem Stadium mit der klägerischen Behauptung begnügen muß, weil über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im Begründetheitsstreit zu entscheiden ist. Diese Frage ist äußerst streitig. Die herrschende Meinung stellt darauf ab, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen und läßt bejahendenfalls die Behauptung genügen. [29] Nach einer anderen

---

27) BAG 5, 139 = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686; in den Gründen wird anders formuliert.

28) BAG 8, 260 = AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1960, 358.

29) Vgl. die Nachweise in Fußnote 4.

Auffassung soll es bei der Zuständigkeitsprüfung allein auf die Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses ankommen. [30] Diese Meinung entspricht der herrschenden Ansicht zur Rechtswegprüfung, worauf auch von ihren Vertretern wiederholt hingewiesen worden ist. [31] Während nach dieser Auffassung der Beweis des Arbeitsverhältnisses allein eine Frage der materiellen Begründetheit des Anspruchs ist, kommen diejenigen, die darauf abstellen, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen, zu unterschiedlichen Ergebnissen. So soll nach Volkmar [32] über die Frage, ob ein Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis vorliegt, erst bei der materiellen Begründetheit entschieden werden, da für Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben sei, mithin Klagebegründung und Zuständigkeitsbegründung zusammenfielen. Die gleiche Auffassung hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 25. 8. 1956 [33] vertreten. Demgegenüber sollen nach Dietz [34] in einem derartigen Fall zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen gerade nicht identisch sein, deshalb sei über die Streitfrage bereits im Zuständigkeitsstreit Beweis zu erheben. Ebenso hat der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 13. 3. 1964 [35] verlangt, die Frage, ob ein Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis vorliege, sei - notfalls nach Beweisaufnahme - im Zuständigkeitsstreit zu entscheiden. In diesem Urteil verwendet das

---

30) Vgl. die in Fußnote 8 Genannten.

31) Vgl. Zöllner, Anm. I 1 zu BAG AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953; Gerstel, Anm. zu RAG ARS 6, 43 (45); RAG, Urteil vom 2. 7. 1928, RAG 2, 119 (121) = ARS 3, 87 (90).

32) Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und zu LAG Hamburg AP 50 Nr. 194.

33) AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953.

34) Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 35 und Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 a.E.

35) BAG 15, 292 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1964, 1435.

Bundesarbeitsgericht die Formel in einer abgewandelten Form, indem es ausspricht, zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen fielen im entschiedenen Fall nicht in dem Sinne zusammen, daß der geltend gemachte Anspruch mit der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers stehe und falle. [36] Entsprechend sind die Auffassungen, wenn es darum geht, ob der Kläger Angestellter im Sinne des § 84 Abs. 2 HGB oder Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB ist. So meint Hefermehl [37], § 84 Abs. 2 betreffe nicht den geltend gemachten Anspruch, sondern lediglich Umstände, von denen die Zuständigkeit des Gerichts abhänge; deshalb müsse im Streitfall im Zuständigkeitsstreit Beweis erhoben werden. Demgegenüber führt Schröder [38] aus, wenn der Kläger behaupte, er sei unselbständig und habe deshalb die Ansprüche eines unselbständigen Arbeitnehmers, so könne das mit einer solchen Klage angerufene Arbeitsgericht die Klage nicht wegen Unzuständigkeit, sondern nur als sachlich unbegründet abweisen, wenn es den Kläger wegen seiner Ansicht nach bestehender Selbständigkeit doch als Handelsvertreter ansehe.

Für eine "umfassende Zuständigkeitsprüfung" tritt demgegenüber Bötticher ein, der sich den Fragen der Zuständigkeitsprüfung mehrfach und eingehend gewidmet hat. [39] In seiner

---

36) Vgl. auch die in Fußnote 7 Genannten.

37) Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 92 a HGB; vgl. auch Neumann-Duesberg in der Anm. 2 a zur gleichen Entscheidung in SAE 1962, 41.

38) § 84 HGB Anm. 35 b.

39) Anm. zu ArbG Darmstadt AP 51 Nr. 175; ZZP 72, 44 ff., insbesondere 53 ff.; Anm. zu LAG Düsseldorf (Köln) AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Anm. zu BAG MDR 1959, 790 f.; Anm. zu BAG AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Anm. zu BAG SAE 1960, 118 (122, zur Schlüssigkeitsfrage); Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 540 ff.; Mitt. d. dt. ArbGerVerb. 1961 Nr. 21 S. 2 ff., insbesondere S. 5 f.; Anm. zu BAG JZ 1962, 316 (317 f.); Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

ausführlichen Abhandlung "Zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit und deren Prüfung im Prozeß" in der Festnummer der Zeitschrift für Zivilprozeß zum 80. Geburtstag Rosenbergs [40] geht er davon aus, daß nach dem Sinn der Arbeitsgerichtsbarkeit vor ihr nur solche Personen erscheinen sollten, deren Partnerschaft auf abhängiger Arbeit beruhe. [41] Daher stünden nur dem die Arbeitsgerichte offen, der im Zweifelsfalle n a c h w e i s e n könne, daß er Arbeitnehmer sei oder gegen einen solchen vorgehen wolle. [42] Die Zuständigkeitsprüfung sei auf den wahren Sachverhalt abzustellen. [43] Hierbei sei es gleichgültig, ob der Anspruch mit seiner arbeitsrechtlichen Qualifikation stehe und falle oder ob die Arbeitnehmereigenschaft praktisch nur für die Zuständigkeit interessiere. Bei einer Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft - über die im Zuständigkeitsstreit Beweis zu erheben sei - sei die Klage vielmehr in jedem Fall als unzulässig abzuweisen. [44]

Den Vorteil seiner Auffassung hat Bötticher darin gesehen, daß der "globale Streitgegenstand" durch die Zuständigkeitsnormen nicht beeinträchtigt werde. Es gebe für diesen Streitgegenstand nur eine - auf den wahren Sachverhalt abgestellte - Zuständigkeitsprüfung und auch nur eine Sachentscheidung. [45]

---

40) ZZP 72, 44 ff.

41) ZZP 72, 52.

42) ZZP 72, 59.

43) ZZP 72, 61 f.

44) ZZP 72, 57 oben. Vgl. jedoch auch Anm. 4 zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; hier sagt Bötticher, für ein klagabweisendes Sachurteil in den Fällen, in denen die Klagforderung nur beim Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses begründet sein könne, spreche immerhin, daß andernfalls der Beklagte um sein Recht auf Sachabweisung gebracht werden würde, da in diesen Fällen der Kläger weder Veranlassung habe, Verweisung zu beantragen, noch auch, auf eine Prozeßabweisung wegen Unzuständigkeit eine Klage vor einem anderen Gericht folgen zu lassen.

45) ZZP 72, 61 f.

Lediglich in den Fällen, in denen der Sachverhalt mehrere rechtliche Qualifikationen widerspruchslos nebeneinander vertrage und jeder dieser rechtlichen Gesichtspunkte in einen anderen Rechtsweg gehöre - Bötticher nennt sie "et-et-Verhältnisse" im Gegensatz zu den nur einander ausschließender rechtlicher Betrachtungsweise fähigen "aut-aut-Verhältnissen" - habe - wie Bötticher später [46] ergänzend ausgeführt hat - die Einheit des Streitgegenstandes zurückzutreten.

Deutlich wird die Problematik der Beweiserhebung auch, wenn man die Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts verfolgt. Das Reichsarbeitsgericht hat überwiegend die Auffassung vertreten, es sei allein von den vom Kläger aufgestellten klagebegründenden Behauptungen auszugehen. [47] Hierbei hat es in einer frühen Entscheidung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Rechtswegprüfung angeknüpft. [48] Später sprach das

---

46) Anm. IV zu BAG AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 540 ff.; Mitt. d. dt. ArbGerVerb. 1961 Nr. 21 S. 6 Fußnote 5; Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

47) Urteil vom 2.7.1928, RAG 2, 119 = ARS 3, 87, vom 27.4. 1929, ARS 6, 43 mit Anm. Gerstel, vom 4.6.1930, ARS 10, 18, vom 28.3.1931, ARS 12, 190 mit Anm. Gerstel, vom 17.6.1931, ARS 13, 519.

48) Urteil vom 2.7.1928, RAG 2, 119 = ARS 3, 87. Der Vorwurf, das RAG habe in diesem Urteil einen dem Urteil vom 27.4. 1929, ARS 6, 43, widersprechenden Standpunkt eingenommen - so Bötticher, Anm. zu ArbG Darmstadt AP 51 Nr. 175; Dersch-Volkmar, § 1 Anm. 166 -, erscheint nicht gerechtfertigt. Zwar hat es die Frage, ob ein Arbeits- oder ein Gesellschaftsverhältnis vorlag, im ersteren Urteil im Zuständigkeitsstreit, im letzteren hingegen bei der sachlichen Begründetheit entschieden. Es ist dabei aber nicht von der von ihm herangezogenen herrschenden Meinung zur Rechtswegprüfung abgewichen. Denn das erste Urteil betraf allein die Frage der Schlüssigkeitsprüfung, die auch die herrschende Meinung im Zuständigkeitsstreit vornimmt; es befaßte sich mit dem Beklagtenvorbringen nur, um es als unschlüssig abzutun. Das zweite Urteil betraf hingegen die Beweisfrage, die das RAG im Einklang mit der in Bezug genommenen herrschenden Meinung ins Stadium der Sachentscheidung verwies. Vom Standpunkt dieser herrschenden Meinung, die im Zulässigkeitsstreit von der Richtigkeit

Reichsarbeitsgericht aus, dies gelte insbesondere dann, wenn ein Teil des Tatsachenmaterials, das zur sachlichen Rechtfertigung der Klagforderung diene, mit dem Tatbestand zusammenfalle, aus dem die Gerichtszuständigkeit hergeleitet werde. [49] Schließlich ging das Reichsarbeitsgericht zu der Formel über, daß bei einem Zusammenfallen von zuständigkeits- und klagebegründenden Tatsachen die bloße (schlüssige) Behauptung dieser Tatsachen maßgebend sei. [50] Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat geschwankt. Das Bundesarbeitsgericht stellte zunächst mit der herrschenden Formel darauf ab, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfielen und verlegte hiernach die Beweiserhebung über die Frage der Arbeitnehmer- oder Gesellschafter- bzw. Handelsvertretereigenschaft in das Stadium der Begründetheit. [51] Schon in den älteren dieser Urteile mag man eine

---

der vom Kläger aufgestellten klagebegründenden Behauptungen ausgeht, jedoch sein tatsächliches Vorbringen rechtlich würdigt, beruft sich daher das zweite Urteil zu Recht auf das erste. Inwieweit dieser Meinung allerdings gefolgt werden kann, ist eine andere, noch zu erörternde Frage.

49) Urteil vom 28. 3. 1931, ARS 12, 191 (192).

50) Urteil vom 6.2.1937, ARS 29, 303 = JW 1937, 2069.- Unzutreffend - jedenfalls in der Allgemeinheit - ist die Feststellung des Reichsarbeitsgerichts im Leitsatz eines Urteils vom 18.10.1930, ARS 10, 205, es genüge zur Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts die schlüssige Behauptung der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen, denn dies ist nach herrschender Meinung nur dann der Fall, wenn diese Tatsachen mit den anspruchsbegründenden Tatsachen zusammenfallen.

51) Urteil vom 25.8.1956, AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Wieczorek = ARBlattei, Arbeitsgerichtsbarkeit V B Entscheidungen 1 mit Anm. Oehmann (hier wird allerdings nur gesagt, die behaupteten Tatsachen entschieden, w e n i g s t e n s soweit die betreffenden Tatsachen identisch seien), vom 1.3.1958, BAG 5, 178 (180 f.) = AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Pohle (hier fehlt das Wort "wenigstens" bereits im Leitsatz). Vgl. weiter hinsichtlich der Heranziehung der Formel die Urteile vom 24.9.1958, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Herschel und vom 21.8.1961, BAG 11, 259 = AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Pohle = JZ 1962, 316 mit Anm. Bötticher = NJW 1961, 2177.

gewisse Abkehr von der früheren Rechtsprechung sehen, die für die Begründung der Zuständigkeit genügen ließ, daß der Kläger die Rechtsansicht vertrat, es liege ein Arbeitsverhältnis vor [52] und für die sich die Beweisfrage danach gar nicht stellte. Im Ergebnis war die Entscheidung jedoch noch die gleiche, weil auch in den zur Beweisfrage ergangenen Urteilen die Zuständigkeit bejaht wurde, hier wie dort also über die Arbeitnehmereigenschaft erst im Begründetheitsstreit entschieden wurde.

Eine weitergehende Auffassung vertritt jedoch der 2. Senat in einem Urteil vom 30. 6. 1958.[53] In diesem Urteil führt der Senat aus: "Lassen sich zuständigkeitsbegründende und anspruchsbegründende Behauptungen trennen, so hat sich das angegangene Gericht auf die Prüfung zu beschränken, ob die zuständigkeitsbegründenden Behauptungen schlüssig und bewiesen sind. Lassen sich die zuständigkeitsbegründenden und anspruchsbegründenden Behauptungen nicht trennen, so sind auch sie zunächst nur daraufhin zu prüfen, ob sie schlüssig die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergeben und bewiesen sind." Allerdings gab der entschiedene Fall für eine derart weitgehende Auffassung keine Veranlassung, sie wurde auch in dem späteren Urteil desselben Senats vom 24. 9. 1958 [54], in dem dieser zu der alten Unterscheidung zurückkehrte, stillschweigend wieder fallen gelassen. Trotz Festhaltens an der herrschenden Formel kann man jedoch auch in dem letztgenannten Urteil eine Erweiterung der Zuständigkeitsprüfung erblikken. Denn hier wird bereits der Beweis über das Vorliegen

---

52) Urteil vom 7. 10. 1954, BAG 1, 102 = AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953, vom 29. 3. 1956, AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953.

53) BAG 6, 160 (163) = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Baumgärtel = MDR 1959, 790 mit Anm. Bötticher = NJW 1959, 502.

54) AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

eines Arbeitsverhältnisses im Zuständigkeitsstreit verlangt. Zwar begründet der Senat das Erfordernis einer Beweiserhebung in diesem Stadium mit der Ansicht, zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen seien nicht identisch, weil der Zahlungsanspruch gegeben sein konnte, gleichgültig, ob der Kläger Arbeitnehmer gewesen sei oder nicht; doch liegt in dieser Entscheidung eine stillschweigende Abkehr von der beschränkten Rechtskraftwirkung, wie sie im Urteil vom 25. 8. 1956 [55] befürwortet wurde. Denn beschränkt man - wie in diesem Urteil - die Rechtskraft auf den arbeitsrechtlichen Ausspruch, dann müßte man die Behauptung, der Kläger sei Arbeitnehmer, doch genügen lassen. [56]

In der jüngsten Rechtsprechung des 5. Senats wird für die Bejahung der Zuständigkeit ausdrücklich der Beweis der Arbeitnehmereigenschaft verlangt. Auf die alte Unterscheidung, nach der dies nur beim Auseinanderfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen der Fall sein sollte, wird nicht mehr zurückgegriffen; der schlüssige Tatsachenvortrag soll offenbar generell nicht mehr genügen. Bereits im Urteil vom 15. 7. 1961 [57] heißt es - u.a. unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30. 6. 1958 [58] -, eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers müsse gegeben und nicht nur vom Kläger behauptet sein. [59] Allerdings wäre der Fall wohl auch nach der herr-

---

55) AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953.

56) Unter diesem Gesichtswinkel erscheint die Auffassung Schröders, § 84 HGB Anm. 35 b, es genüge die Behauptung der Unselbständigkeit - vgl. oben S. 72 zu Fußnote 38 -, konsequent.

57) AP Nr. 1 zu § 92 a HGB mit Anm. Hefermehl = SAE 1962, 38 mit Anm. Neumann-Duesberg = NJW 1961, 2132 (Leitsatz).

58) BAG 6, 160 (163, 164) = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

59) Freilich war in diesem Fall der Vortrag des klagenden Versicherungsvertreters, der von der beklagten Versicherungsgesellschaft Provisionszahlung forderte, bereits unschlüssig; denn sein eigener Vortrag ergab, daß ihm die Beklagte weder ein festes Arbeitsprogramm noch eine feste Zeiteinteilung vorgeschrieben hatte, so daß die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im Sinne von § 84 Abs. 2 HGB schon hiernach zu verneinen war.

schenden Meinung nicht anders gelöst worden, wie die Besprechungen dieser Entscheidung zeigen, nach denen die hier entscheidende Vorschrift des § 84 Abs. 2 HGB lediglich zuständigkeitsbegründende, nicht aber zugleich zuständigkeits- und anspruchsbegründende Umstände betreffen soll. [60] Letzteres dürfte auch für die spätere Entscheidung vom 19. 6. 1963 [61] gelten. Doch bleibt auch hier hervorzuheben, daß ohne Zurückgreifen auf die alte Formel ausgesprochen wird, Voraussetzung für die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 2 Abs. 1 Ziffer 2 ArbGG sei ein Rechtsstreit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine dahingehende schlüssige Behauptung genüge nicht, weil dann eine Partei die Möglichkeit hätte, sich durch Aufstellen einer solchen Behauptung gegen den Widerspruch der anderen Partei eine ihr nicht zukommende sachliche Zuständigkeit zu verschaffen, was wegen der Bedeutung des richtigen gesetzlichen Richters nicht gebilligt werden könne. Wegen ihrer allgemein gehaltenen, nicht auf die Formel zurückgreifenden Ausführungen ist die Entscheidung denn auch als eine Erweiterung der Zuständigkeitsprüfung über den bisherigen Umfang hinaus verstanden worden. [62]

In die Reihe dieser die Zuständigkeitsprüfung erweiternden Entscheidungen läßt sich schließlich das Urteil des 5. Senats vom 13. 3. 1964 [63] stellen, obwohl hier noch einmal die bekannte Formel angesprochen wird, freilich in der abgewandelten Art, im entschiedenen Fall fielen zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen nicht in dem Sinne zusammen, daß der geltend gemachte Anspruch mit der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers stehe und falle. [64] In der Entscheidung wird grund-

---

60) S. Hefermehl, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 92 a HGB, Neumann-Duesberg, SAE 1962, 41 (2 a).

61) AP Nr. 1 zu § 92 HGB.

62) Gros, Anm. zu dieser Entscheidung ARBlattei, Arbeitsgerichtsbarkeit V B Entscheidungen 10.

63) BAG 15, 292 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Bötticher = NJW 1964, 1435.

64) BAG 15, 296.

legend ausgesprochen, in Fällen sich gegenseitig ausschliessender rechtlicher Gesichtspunkte und damit auch sich gegenseitig ausschließender Zuständigkeit von Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten erfordere es die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung und die Respektierung der Nachbargerichtsbarkeit, daß die zunächst angerufenen Arbeitsgerichte vorab in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen, ob wirklich ein Arbeitsverhältnis vorliege. Es genüge weder eine dahingehende Rechtsansicht des Klägers noch auch ein entsprechender Tatsachenvortrag, wenn er von der Gegenpartei bestritten werde. Der Kläger müsse vielmehr beweisen, daß er Arbeitnehmer sei. Sonst könnte sich eine Partei gegen den Willen der anderen eine ihr nicht zukommende sachliche Zuständigkeit verschaffen. Ergebe sich also auf Grund der Beweisaufnahme, daß das behauptete Vertragsverhältnis jedenfalls kein Arbeitsverhältnis sei, dann seien die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig und demzufolge gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden. [65)]

Als Ergebnis dieses Überblicks über die Rechtsprechung bleibt festzuhalten, daß die Beweiserhebung im Zuständigkeitsstreit mehr und mehr ausgeweitet worden ist. [66)]

---

65) BAG 15, 296 f.

66) Aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte sei verwiesen auf die Urteile des LAG Düsseldorf vom 3.10.1938, ARS 35, 65 (LAG), LAG Hamburg vom 6.2.1950, AP 50 Nr. 194, LAG Düsseldorf (Köln) vom 15.9.1950, AP 51 Nr. 221, sämtlich mit Anm. Volkmar und im Sinne der herrschenden Formel, sowie LAG Baden-Württemberg vom 19.10.1956, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 mit Anm. Habscheid (entscheidend sei die Behauptung des Klägers und die daraus zu erschließende Rechtsnatur des Klaganspruchs), LAG Düsseldorf (Köln) vom 28.11.1957, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Bötticher (auch wenn sich zuständigkeits- und anspruchsbegründende Behauptungen deckten, könne nicht schon die Behauptung des Klägers genügen) und LAG Baden-Württemberg (Mannheim) vom 11.7.1956, ARSt. 1956 XVI Nr. 669 (nur Leitsätze; Behauptung reiche aus, wenn die Tatsachen in der Weise zusammenfielen, daß der Anspruch nur im arbeitsgerichtlichen Verfahren verfolgt werden könnte).

II. Zur Rechtskraftwirkung der klagabweisenden arbeitsgerichtlichen Sachurteile bei einander ausschließenden Rechtverhältnissen

Die herrschende Formel, nach der beim Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen die klägerische Behauptung ausreichen soll, um die Zuständigkeit zu begründen, führt zu Schwierigkeiten, wenn als Anspruchsgrundlage statt eines Arbeitsverhältnisses auch ein Gesellschaftsverhältnis oder ein anderes zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehörendes Rechtsverhältnis in Betracht kommen kann. Wendet der Beklagte gegenüber dem aus Arbeitsverhältnis erhobenen Gehaltsanspruch ein, zwischen den Parteien bestehe in Wirklichkeit ein Gesellschaftsverhältnis, die streitige Forderung sei daher nicht als Arbeitslohn, sondern als Gesellschaftsgewinn anzusehen, oder erwidert er, der Kläger sei nicht unselbständiger Angestellter, sondern selbständiger Handelsvertreter, so stellt sich die Frage, ob das Gericht den Beweis über die Arbeitnehmer- oder Gesellschafter- bzw. Handelsvertretereigenschaft im Zuständigkeits- oder Begründetheitsstreit vorzunehmen hat. Nach der herrschenden Formel hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen. Fallen die Tatsachen zusammen, ist hiernach die Klage, wenn sich herausstellt, daß der Kläger nicht Arbeitnehmer, sondern Gesellschafter oder Handelsvertreter ist, als unbegründet abzuweisen. Allein, ob ein solches Zusammenfallen gegeben ist, ist - wie bereits gezeigt [67] - umstritten. Während Dietz meint, beim Streit über Arbeitsverhältnis oder Gesellschaftsverhältnis sei die Tatsache der Arbeitnehmer- oder Gesellschaftereigenschaft mit den anspruchsbegründenden Tatsachen nicht identisch, haben Volkmar und das Bundesarbeitsgericht in dem Urteil vom 25. 8. 1956 demgegenüber ein Zusammenfallen von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen ange-

---

67) Vgl. oben S.71 zu Fußnote 32 bis 34.

nommen. In späteren Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht den Beweis über das in Frage kommende Rechtsverhältnis jedoch im Zuständigkeitsstreit erhoben.

Mit der Feststellung, es komme darauf an, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen, ist die Frage, in welchem Stadium des Verfahrens Beweis zu erheben ist, offenbar noch nicht beantwortet. Es fragt sich nämlich weiter, wann man von einem solchen Zusammenfallen sprechen kann. Ist dieses Zusammenfallen etwa zu verneinen, weil der Zahlungsanspruch des Klägers auch begründet sein könnte, wenn kein Arbeits-, sondern ein Gesellschafts- oder ein Handelsvertreterverhältnis vorliegt? Diese Frage hängt notwendigerweise mit der Frage der Rechtskraftwirkung des abweisenden Urteils zusammen. Beschränkt man die Rechtskraftwirkung des arbeitsgerichtlichen Urteils auf den arbeitsrechtlichen Anspruch, so fallen Zuständigkeits- und Anspruchsvoraussetzungen notwendig zusammen; [68] der Kläger könnte in einem solchen Fall nach Abweisung der Klage als unbegründet den Sachverhalt noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsverhältnisses dem ordentlichen Gericht unterbreiten, dessen Ausspruch ebenfalls nur beschränkte Rechtskraftwirkung hinsichtlich des Anspruchs aus Gesellschaftsverhältnis hätte. Mißt man jedoch dem klagabweisenden Urteil eine unbeschränkte Rechtskraftwirkung derart bei, daß die Geltendmachung des gleichen Klaganspruchs auf anderer Anspruchsgrundlage vor einem anderen Gericht unmöglich ist, weil es für das Bestehen eines Klaganspruchs letztlich gleichgültig ist, aus welcher von mehreren Anspruchsgrundlagen ihm entsprochen wird, kann man hinsichtlich des arbeitsrechtlichen Anspruchs nicht von einem Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen sprechen; denn die Entscheidung über das Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses enthielte noch keinen Ausspruch über die materielle Unbegründetheit des Klaganspruchs: die Frage, ob ein Arbeits- oder ein

---

68) Vgl. auch Bötticher, ZZP 72, 57 Fußnote 12.

Gesellschaftsverhältnis vorliegt, wäre nur für die Zuständigkeit von Interesse.

Von der beschränkten Rechtskraftwirkung der klagabweisenden Urteile der Arbeitsgerichte ist das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 25. 8. 1956 [69] ausgegangen. In Auseinandersetzung mit Dietz meint es hier, es könnten sich keine Schwierigkeiten für den Fall ergeben, daß das allein auf Grund der Behauptungen des Klägers als zuständig angesehene Arbeitsgericht die Klage materiell abweise, weil die Rechtskraft eines solchen Urteils den Kläger nicht hindere, den wahren Sachverhalt dann noch der Entscheidung der ordentlichen Gerichte zu unterbreiten. Zuständig zur Entscheidung der Frage, ob das vom Kläger behauptete Arbeitsverhältnis vorliege, könne allein das Arbeitsgericht sein. Würde man auf die Wahrheit der behaupteten Tatsachen abstellen, dann würde durch eine Beweiserhebung über die Zuständigkeitsfrage der Entscheidung in der Sache selbst vorgegriffen werden. Als unbefriedigend wurde im Urteil vom 6. 2. 1958 [70] insbesondere empfunden, daß bei einer anderen Auffassung das materielle Anliegen des Klägers in der Schwebe bliebe, dieselbe Frage auch zum Gegenstand des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten werden könne, denen letztlich die Entscheidung der eigentlich arbeitsrechtlichen Frage, nämlich ob ein Arbeitsverhältnis vorliege und ob etwa ein bestimmter Tarifvertrag anzuwenden sei, überwiesen würde. [71]

Das Bundesarbeitsgericht ließ sich in den angeführten Entscheidungen also wesentlich von dem der Zuständigkeitsabgrenzung zugrunde liegenden Gesichtspunkt der Sachkunde leiten. Denn der Sinn der Zuständigkeitsregelung ist es - wie das Bundesarbeitsgericht an anderer Stelle [72] ausgeführt

---

69) AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953.

70) BAG 5, 139 = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686.

71) S. hiergegen Rimmelspacher, S. 163.

72) Urteil vom 27.10.1960, AP Nr. 14 zu § 5 ArbGG 1953, vom 11.1.1961, BAG 10, 279 (286) = NJW 1961, 1181.

hat - in erster Linie, mit den einzelnen Rechtsfragen das besonders sachkundige Gericht zu befassen, um eine möglichst gerechte Entscheidung herbeizuführen. Diesem Sinn aber dürfte es entsprechen, wenn die Arbeitsgerichte eine abschließende Entscheidung der arbeitsrechtlichen Frage treffen. Würde jedoch bereits im Zuständigkeitsstreit über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses entschieden werden, dann könnte das ordentliche Gericht, das auf Grund einer neuen Klage oder einer Verweisung darauf mit der Sache befaßt wird, in der Tat noch den Anspruch des Klägers als einen solchen aus Arbeitsverhältnis ansehen, wenn es der Beurteilung des Arbeitsgerichts nicht folgen will. Zwar ist die Verneinung der Zuständigkeit durch das Arbeitsgericht für das ordentliche Gericht bindend, § 48 Abs. 1 ArbGG, sei es, daß sie durch Prozeßurteil ausgesprochen ist (§ 48 Abs. 1 ArbGG in Verbindung mit § 11 ZPO), sei es, daß der Rechtsstreit an das ordentliche Gericht verwiesen wurde (§ 48 Abs. 1 ArbGG in Verbindung mit § 276 ZPO), die bindende Wirkung einer solchen Entscheidung betrifft jedoch nur die Kompetenz und damit das Verfahrensrecht, nicht aber auch das anzuwendende materielle Recht; das Gericht kann also das materielle Recht anwenden, das es für gegeben hält. [73] Nur die Annahme seiner eigenen Unzuständigkeit ist dem ordentlichen Gericht verwehrt, es kann daher den Rechtsstreit nicht deshalb an das Arbeitsgericht zurückverweisen oder die Klage als unzulässig abweisen, weil es die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für gegeben hält; § 48 Abs. 1 ArbGG, §§ 11, 276 ZPO schließen also den negativen Kompe-

---

73) Vgl. Bötticher, ZZP 72, 57, Anm. 4 zu LAG Düsseldorf (Köln) AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung und Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1 S. 541; Ule, JZ 1959, 502 f. und Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 41 VwGO Anm. II 3 b a. E.; Felix, JZ 1959, 657; BAG, Urteil vom 6.2.1958, BAG 5, 139 (142) = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686, vom 16.11.1959, AP Nr. 13 zu § 276 ZPO (B 3) mit zust. Anm. (3) Pohle, vom 13.3.1964, BAG 15, 298 f. = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung. Vgl. auch Rupp, AöR 85, 180 ff. (182) und dagegen Baumgärtel, ZZP 73, 389 Fußnote 14.

tenzkonflikt aus. Es fragt sich jedoch, ob dieser Gesichtspunkt der Sachkunde wirklich die in den zitierten Entscheidungen vertretene Auffassung trägt.

Keine Durchlöcherung des Prinzips der Trennung nach Gesichtspunkten der Sachkunde liegt jedenfalls darin, daß das Gericht im Falle der Verweisung zu bestimmen hat, an welches Gericht zu verweisen ist. Man könnte ja etwa meinen, das ordentliche Gericht, das seine Zuständigkeit bzw. den Rechtsweg zu ihm nicht für gegeben halte, müsse hier insoweit auch die Sachkunde in bezug auf anderen Gerichtszweigen zuzuordnende Rechtsverhältnisse haben, als es z.B. beurteilen müsse, ob der Anspruch arbeitsrechtlicher - nicht etwa beamtenrechtlicher - Natur und deshalb der Rechtsstreit an das Arbeitsgericht zu verweisen sei. Eine derartige Auffassung greift aber schon deshalb nicht durch, weil sich die Prüfung des Gerichts auf die Frage seiner Zuständigkeit bzw. des Rechtswegs zu ihm und auf die Untersuchung beschränkt, ob offenbar die Zuständigkeit des Gerichts bzw. der Rechtsweg zu dem Gericht, an das verwiesen werden soll, nicht gegeben ist. [74] Ist letzteres zu verneinen, dann wird die Zuständigkeit (der Rechtsweg) des Gerichts durch Ausspruch der Verweisung begründet, damit es in eigener Untersuchung über seine Zuständigkeit bzw. den Rechtsweg zu ihm entscheidet. Das zuerst angegangene Gericht braucht bei seiner Prüfung zu Streitfragen und Meinungsverschiedenheiten zur Zulässigkeit des anderen Gerichtszweiges nicht abschließend Stellung zu nehmen, weil die Verweisung nicht der endgültigen Zuständigkeits- bzw. Rechtswegbestimmung dient, sie also nur abdrängende, nicht aber aufdrängende Wirkung hat. [75] Die beschränkte Rechtskraftwirkung - als Folge des

---

74) Vgl. BGH, Urteil vom 28. 11. 1962, BGHZ 38, 289 (293) = NJW 1963, 588.

75) Überwiegende Meinung, vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 28. 11. 1962, BGHZ 38, 291 (293 f.) = NJW 1963, 588 f.

Ausreichens der Behauptung des Klägers - kann jedoch gerade aus den für sie vorgebrachten Gründen - abschließende Entscheidung durch das sachkundige Gericht - nicht gerechtfertigt werden. Weist nämlich das Arbeitsgericht die Klage als unbegründet ab und geht der Kläger darauf das ordentliche Gericht an, das nunmehr eine abschließende Entscheidung über den gesellschaftsrechtlichen Anspruch treffen müßte, so könnte es den auf Gesellschaftsverhältnis gestützten Anspruch nicht mehr deshalb verneinen, weil nach seiner Auffassung ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe. Es hätte also das Arbeitsgericht durch seine Sachentscheidung in die Beurteilung des Anspruchs aus Gesellschaftsverhältnis eingegriffen, weil das ordentliche Gericht in seiner Entscheidung insoweit nicht mehr frei wäre, obwohl doch nach dem Sachkundegedanken zur abschließenden Beurteilung des gesellschaftsrechtlichen Anspruchs das ordentliche Gericht ausschließlich zuständig sein müßte. [76)]

Wollte man jedoch in konsequenter Durchführung des Sachkundegedankens annehmen, daß jede Gerichtsbarkeit sich streng daran zu halten habe, daß sie allein und ausschließlich über das ihrer Beurteilung unterliegende Rechtsverhältnis entscheiden dürfe, so könnte folgende Situation eintreten: Das Arbeitsgericht weist die Klage als unbegründet ab, weil mangels Unselbständigkeit des Klägers ein Arbeitsverhältnis nicht gegeben sei; es hält vielmehr den klägerischen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsverhältnisses für begründet. Das ordentliche Gericht meint jedoch, ein gesellschaftsrechtlicher Anspruch käme deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger nicht selbständig sei; an der Zuerkennung des auch seiner Meinung nach bestehenden Anspruchs unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten wäre es jedoch durch die Rechtskraft des abweisenden Sachurteils des Arbeitsgerichts gehindert. Es könnte also der Fall eintreten, daß zwar beide Gerichte den Anspruch für begründet halten, sie aber trotzdem den Klag-

---

76) Vgl. Bötticher, ZZP 72, 56.

anspruch abweisen. Ein solcher negativer Qualifikationsstreit ist ebenso untragbar wie ein negativer Kompetenzkonflikt, weil er wie dieser auf eine Rechtsverweigerung hinaus - läuft. [77]

Gegen die auf den jeweiligen Klagegrund beschränkte Rechtskraftwirkung sprechen hiernach erhebliche Gründe. Entweder nimmt man auch im Begründetheitsstreit eine Bindung des zweiten Gerichts an die Entscheidung des ersten - entsprechend der durch § 48 Abs. 1 ArbGG angeordneten Bindung im Zuständigkeitsstreit - an, dann läßt sich die Beschränkung der Rechtskraft mit der angeführten Begründung nicht halten. Oder man nimmt eine solche negative Bindung nicht an, dann kommt man jedoch zu untragbaren Ergebnissen.

Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, von einer unbeschränkten Rechtskraftwirkung und damit aber auch mit Bötticher von einer umfassenden Zuständigkeitsprüfung auszugehen. [78] Dafür spricht insbesondere auch, daß in den Fällen der erwähnten Art nicht zwei konkurrierende, von verschiedenen Gerichten zu beurteilende Anspruchsgrundlagen gegeben sind, sondern daß überhaupt nur eine von beiden Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen kann. Es liegt also nicht so wie in den Fällen, in denen - wie beim Vertrags- und Deliktsanspruch - mehrere Ansprüche nebeneinander bestehen können; denn hier kann nur entweder ein Arbeits- oder ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen. Anders als bei diesen Fällen kann in den Fällen mit mehreren nebeneinander bestehenden Anspruchsgrundlagen eine Beschränkung der Rechtskraft ohne Schaden durchgeführt werden. Mit Recht ist deshalb auch das Bundesarbeitsgericht in Fällen einander ausschließender Rechtsverhältnisse von der beschränkten Rechtskraftwirkung abgegangen. Im Urteil vom 13. 3. 1964 [79] weist es ausdrücklich darauf hin, daß eine Sachab-

---

77) Vgl. zum negativen Kompetenzkonflikt Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 5 h vor § 1.

78) Vgl. auch Scheuerle, JZ 1965, 66.

79) BAG 15, 292 (297, 299).

weisung des Arbeitsgerichts aus arbeitsrechtlichen Gründen das anschließend etwa angegangene ordentliche Gericht hindern würde, bei Verneinung eines Gesellschaftsverhältnisses den geltend gemachten Anspruch gleichwohl doch aus dem Gesichtspunkt des Arbeitsvertrages zuzuerkennen; die Möglichkeit, daß das ordentliche Gericht den Klaganspruch aus arbeitsrechtlichen Gründen zuerkennen könne - ein wohl seltener Ausnahmefall-, müsse aber in Kauf genommen werden, um eine Rechtsverweigerung infolge der Aufspaltung der Gerichtsbarkeit zu verhindern.

III. Untersuchung der Beweisfrage an Hand der einzelnen Fallgestaltungen

Die unterschiedliche Behandlung der Beweisfrage liegt wohl letztlich darin begründet, daß sich die zur Zuständigkeitsprüfung entwickelten allgemeinen Grundsätze zu sehr an dem zu entscheidenden Einzelfall orientiert haben, ohne die möglichen Auswirkungen auf andere Fälle zu beachten. [80] Es erscheint deshalb zweckmäßig, die möglichen Fallgruppen im einzelnen näher zu betrachten.

a) Unproblematisch sind die Fälle, bei denen nicht bestritten werden kann, daß sie ausschließlich zuständigkeitsbegründende Tatsachen betreffen. Z.B.: Der auf Schadensersatz wegen eines tätlichen Angriffs von seinem Arbeitskollegen in Anspruch genommene Beklagte wendet ein, der Streit habe nicht - wie der Kläger behauptet - in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gestanden (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG), sondern rühre aus einer am Abend vorher bei einem Tanzvergnügen zwischen den Parteien vorgefallenen Eifersuchtsszene her. [81] In diesem Fall darf das Arbeitsgericht den diesbezüglichen klägerischen

---

80) Vgl. auch Bötticher, ZZP 72, 51 und MDR 1959, 791 (II).

81) Vgl. Volkmar, Anm. zu LAG Heidelberg AP 50 Nr. 132 und RdA 1950, 15, 16.

Vortrag nicht zugrunde legen, sondern muß im Zuständigkeitsstreit darüber Beweis erheben, ob der für seine Zuständigkeit erforderliche Zusammenhang der unerlaubten Handlung mit dem Arbeitsverhältnis gegeben ist und verneinendenfalls die Klage wegen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts abweisen. Der Zusammenhang der unerlaubten Handlung mit dem Arbeitsverhältnis interessiert lediglich für die Zuständigkeit.

Klagt der Geschäftsführer einer GmbH vor dem Arbeitsgericht einen Gehaltsanspruch ein mit der Behauptung, die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts sei nach § 3 Abs. 2 ArbGG vereinbart, so muß über die Zuständigkeitsvereinbarung im Streitfall bereits im Zuständigkeitsstreit Beweis erhoben werden.[82]

b) Ausschließlich zuständigkeitsbegründende Merkmale enthält auch - wie das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 30. 6. 1958 [83] erkannt hat - der Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des HGB (Recht der Handelsvertreter) - HVG - vom 6. 8. 1953 (BGBl. I 771). Nach dieser Bestimmung gelten Handelsvertreter nur dann als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes, wenn sie sog. "Einfirmenvertreter" im Sinne des § 92 a HGB sind und während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses, bei kürzerer Vertragsdauer während dieser, durchschnittlich nicht mehr als 500 DM an Vergütung bezogen haben. Besteht unter den Parteien Streit darüber, ob der Kläger tatsächlich Einfirmenvertreter im Sinne von § 92 a HGB ist und sein monatlicher Verdienst unter 500 DM gelegen hat, so ist über diesen Streitpunkt im Zuständigkeitsstadium Beweis zu erheben. Denn die materiellrechtliche Frage, ob der Kläger gegen den Beklagten Provisionsansprüche in der geltend gemachten Höhe hat oder nicht, ist von der Frage, ob er Ein-

---

82) Oehmann, Anm. zu ARBlattei Arbeitsgerichtsbarkeit V B, Entscheidungen 1.

83) BAG 6, 160 = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit insoweit zustimmender Anm. von Baumgärtel = MDR 1959, 790 mit Anm. Bötticher = NJW 1959, 502.

firmenvertreter ist und ob sein Einkommen innerhalb der in Art. 3 Abs. 1 HVG genannten Grenzen liegt, völlig unabhängig. [84] Zwar besteht zwischen den zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen insofern ein Zusammenhang, als der Kläger ohne das Vorliegen eines Handelsvertretervertrages im Verhältnis zum Beklagten nicht Einfirmenvertreter sein kann. Das hindert jedoch nicht, zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zu trennen: auch über die lokale Beziehung eines Anspruchs kann ja das Gericht, wie bereits ausführlich gezeigt wurde, im Zuständigkeitsstadium trotz des Zusammenhangs dieser Beziehung mit dem Anspruch selbst Beweis erheben. [85]

Dennoch kann die in Art. 3 Abs. 1 HVG festgelegte Verdienstgrenze im Einzelfall sowohl für die Begründung der Zuständigkeit als auch für die Begründung des Anspruchs von Bedeutung sein. Das zeigt sehr anschaulich der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. 12. 1963 [86] zugrunde liegende Fall. Hier forderte die Unternehmerin von einer Handelsvertreterin Provisionsvorschüsse zurück, und zwar von gezahlten 6 800 DM Vorschüssen 6 029 DM; sie behauptete damit, die Beklagte habe während der ganzen Vertragszeit nur 771 DM verdient. Da - wie der Bundesgerichtshof zuvor ausgeführt hatte - für die Zuständigkeit nur auf die unbedingt entstandenen Provisionsansprüche abzustellen war und auch später entfallene nicht mehr zu berücksichtigen waren, hing die Entscheidung sowohl über die Zuständigkeit als auch in der Hauptsache entscheidend von derselben Frage ab, nämlich der endgültigen Höhe der Vergütung der Beklagten; denn in der Sache konnte die Klage nur Erfolg haben, wenn die zurückgeforderten Provisionsvor-

---

84) So mit Recht das BAG a.a.O.

85) Vgl. auch Baumgärtel, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

86) AP Nr. 27 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = LM Nr. 2 zu HGB/ÄndG 1953 = NJW 1964, 497.

schüsse nicht oder nicht mehr durch unbedingte Provisionsvorschüsse der Beklagten gedeckt waren. Deshalb fielen in diesem Fall - wie der Bundesgerichtshof aussprach - zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammen, weshalb der Bundesgerichtshof für die Zuständigkeit nur auf die schlüssigen Behauptungen der Klägerin abstellte.

Zu einer ähnlichen Situation kann es im Rahmen des Art. 3 HVG auch sonst kommen. Nach herrschender Meinung [87] ist bei der Berechnung der Vergütung nur die tatsächlich erhaltene maßgebend, nicht etwa die Höhe der entstandenen Vergütungsansprüche. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut, nach dem es auf die b e z o g e n e Vergütung ankommt, im Gegensatz zu Art. 4 HVG (§ 61 Nr. 1 KO), wo darauf abgestellt ist, ob dem Handelsvertreter die Vergütung zugestanden hat oder noch zusteht. Pfennigstorf[88] hat zu Art. 3 HVG bemerkt, daß bei einer anderen Regelung, wenn es also bei der Bestimmung der Vergütungsgrenze auf die dem Vertreter z u s t e h e n d e Vergütung ankäme, das angerufene Arbeitsgericht schon bei der Prüfung seiner Zuständigkeit die materiellrechtliche Frage untersuchen müßte, ob der vom klagenden Handelsvertreter geltend gemachte Provisionsanspruch entstanden ist. Damit geht er stillschweigend von der Unrichtigkeit der im Prozeßrecht herrschenden Formel der Zuständigkeitsprüfung aus, die bei einer derartigen Fallgestaltung gerade die Behauptung im Zuständigkeitsstadium genügen läßt. Allerdings schließt die Regelung des Art. 3 HVG eine Erörterung der materiellrechtlichen Fragen im Zuständig-

---

87) Bruck-Möller, 166 vor §§ 43-48 VVG; Gros, ARBlattei, Arbeitsgerichtsbarkeit VB, I 4 b cc β , 5. Forts. Bl. R; Trinkhaus, RdA 1958, 15, 16; Weimar, AuR 1954, 16; LAG Düsseldorf (Köln), Urteil vom 11.4.1957 (2 Sa 42/57), ARSt. 1957 XVIII S. 196 Nr. 572 = BB 1957, 614 Nr. 1244 = ARBlattei Handelsgewerbe III Entscheidungen 82. A.A., aber ohne Begründung, Schröder, § 92 a HGB Anm. 13; nach der Ansicht von Schröder, der entscheidend sein läßt, was der Unternehmer bei ordnungsmäßiger Erfüllung seiner Verpflichtungen hätte auszahlen müssen, wäre der Fall des LAG Düsseldorf (Köln) allerdings ebenso wie geschehen zu entscheiden, weil hier die Provisionen nach dem Vertrag noch nicht fällig waren.

88) S. 80 f.

keitsstreit nicht aus, wie ja schon der Fall des Bundesgerichtshofs zeigt. Das Problem verlagert sich nur auf eine andere Ebene, nämlich von der Entstehung auf das Erlöschen der Forderung. Klagt beispielsweise der Handelsvertreter 800 DM Monatsprovision vor dem Arbeitsgericht ein, weil er bisher monatlich nur 400 DM bezogen hat oder weil er überhaupt noch nichts erhalten hat, so wäre die Zuständigkeit nach der herrschenden Meinung zu Art. 3 HVG gegeben.[89] Behauptet nun der beklagte Unternehmer, er habe monatlich 800 DM oder etwa 600 DM gezahlt, so betrifft der Streit über die Höhe der gezahlten Beträge gleichzeitig Zuständigkeit wie Hauptsache. Nach der herrschenden Formel müßte in einem derartigen Fall die klägerische Behauptung genügen, um die Zuständigkeit zu begründen. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn das Gesetz macht die Zuständigkeit eindeutig davon abhängig, daß der Handelsvertreter nicht mehr als 500 DM monatlich erhalten hat. Ist dies streitig, so muß das Gericht die Frage der Zahlung bereits im Zuständigkeitsstreit erörtern. Mit Recht hat daher auch Pfennigstorf in einem Zusammenfallen von materiellrechtlichen und zuständigkeitsbegründenden Fragen kein Hindernis für eine Untersuchung der materiellrechtlichen Frage im Zuständigkeitsstadium gesehen, wenngleich er auch glaubte, die Fassung des Art. 3 HVG schliesse eine derartige Erörterung gerade aus. Wie schon im Falle des § 23 ZPO, bei dem das Vorhandensein von Vermögen sowohl für die Zuständigkeit als auch für die Begründetheit von Bedeutung werden kann, kommt die herrschende Formel auch hier zu unzutreffenden Ergebnissen.

c) Einer eingehenderen Untersuchung bedürfen die Fälle, in denen sich die Zuständigkeit nach der rechtlichen Qualifikation des Klaganspruchs richtet.

---

89) Vgl. auch Bruck-Möller, 166 vor §§ 43-48 VVG: Ist ein Mehrbetrag - über die tatsächlichen Bezüge - streitig, so hebt das die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht auf.

Hier kann es zunächst so liegen, daß die rechtliche Qualifikation lediglich die Zuständigkeit berührt. Einen derartigen Fall hat das Bundesarbeitsgericht am 24. 9. 1958 [90] entschieden. Zutreffend hat es hier die Beweiserhebung darüber, ob der Kläger Arbeitnehmer oder selbständiger Handelsvertreter war, bereits in den Zuständigkeitsstreit verwiesen. Denn der Provisionsanspruch konnte - wie das Bundesarbeitsgericht aussprach - gegeben sein, gleichgültig ob der Kläger selbständiger Handelsvertreter oder Arbeitnehmer war. Ob der Verkäufervertrag, auf den der Kläger seinen Zahlungsanspruch gestützt hatte, seiner Rechtsnatur nach ein Dienst- oder Werkvertrag, ein Handelsvertretervertrag oder ein Vertrag sui generis war, war nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts für die Frage, ob ein Anspruch auf Zahlung der Provision bestand, ohne Bedeutung. In einem solchen Fall stünden die anspruchsbegründenden Tatsachen unabhängig neben den zuständigkeitsbegründenden Tatsachen, die Entscheidung über letztere enthielte keinen Ausspruch über die materiellrechtliche Begründetheit des Klaganspruchs. Hier hatte also die rechtliche Qualifizierung keinen Einfluß auf die Sachentscheidung.

Eine von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abweichende Auffassung könnte nur dann gerechtfertigt werden, wenn man die Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf den arbeitsrechtlichen Ausspruch annähme. Daß dies aber zu bedenklichen Konsequenzen führen würde, ist bereits aufgezeigt worden. Abgesehen von diesen Konsequenzen erscheint es aber auch sachgerechter, in den Fällen nicht von einem Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen zu sprechen, in denen der Klaganspruch statt aus einem Arbeitsverhältnis ebensogut aus einem Handelsvertreter- oder Gesellschaftsverhältnis begründbar wäre: denn in diesen Fällen interessiert die Arbeitnehmer- oder Handelsvertreter- bzw. Ge-

---

90) AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

sellschaftereigenschaft allein für die Zuständigkeit; für die Begründetheit des Klaganspruchs hingegen ist es letztlich gleichgültig, was für ein Rechtsverhältnis angenommen wird.[91] Mit Recht haben deshalb auch Hefermehl [92] und Neumann-Duesberg [93] die Beweiserhebung über die Handelsvertretereigenschaft auch vom Standpunkt der herrschenden Formel bereits im Zuständigkeitsstreit verlangt. Würde das ordentliche Gericht die Klage unter Hinweis auf die gesellschafts- oder handelsvertreterrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses abweisen wollen, so könnte doch dieser Hinweis nur besagen, daß nicht das Arbeitsgericht, sondern das ordentliche Gericht für die Entscheidung zuständig wäre. Begnügte man sich daher mit der Tatsachenbehauptung des klägers, dann könnte dieser den Beklagten durch entsprechende unrichtige Behauptungen vor ein sachlich unzuständiges Gericht zwingen. [94]

Als Ergebnis ist hiernach festzuhalten, daß über die Arbeitnehmereigenschaft im Zuständigkeitsstreit jedenfalls dann Beweis zu erheben ist, wenn sie lediglich für die Zuständigkeit von Bedeutung ist.

d) Es kann aber auch so liegen, daß die rechtliche Qualifizierung nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch die Begründetheit berührt.

Hier kommen zunächst die Fälle in Betracht, in denen der Anspruch in abstracto sowohl aus Arbeitsverhältnis als auch aus Gesellschaftsverhältnis oder einem sonstigen, vom or-

---

91) Vgl. auch Rupp, AöR 85, 166, der bei dem entsprechend gelagerten Tatbestand der Rechtswegprüfung darauf hinweist, daß sich das Bestehen oder Nichtbestehen eines materiellrechtlichen Ausspruchs nur danach richte, ob das objektive Recht in seiner ungeteilten Gesamtheit einen Tatbestand enthalte, der die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge zulasse.

92) Anm. zu AP Nr. 1 zu § 92 a HGB.

93) Anm. zur gleichen Entscheidung in SAE 1962, 41 (2 a).

94) Vgl. auch Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 35.

dentlichen Gericht zu beurteilenden Rechtsverhältnis begründet sein kann, in denen aber in concreto die Qualifizierung eine ausschlaggebende Bedeutung für die Begründetheit haben kann. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: [95] Der Kläger wurde für seine Tätigkeit bei einer Firma von deren Inhaber A bezahlt. Nach dem Tode des Firmeninhabers A verlangt er mit der Behauptung, er sei bei der Firma in einem Arbeitsverhältnis angestellt, von den Erben des Inhabers Weiterzahlung des angeblichen Gehalts. Die beklagten Erben erheben die Einrede der Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts mit der Behauptung, der Kläger habe nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem Gesellschaftsverhältnis gestanden. Dieses sei mit dem Tode des Mitgesellschafters, ihres Erblassers, kraft Gesetzes aufgelöst worden. Würde dies zutreffen, fielen zuständigkeits- und anspruchsbegründende Behauptungen zusammen. Denn mit der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis steht und fällt der Anspruch des Klägers. [96] Nach der herrschenden Formel müßte in diesem Fall die klägerische Behauptung genügen, um die Zuständigkeit zu begründen. Keineswegs ist es aber immer eindeutig, ob die zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen in diesem Sinne wirklich zusammenfallen. Denn nicht stets wird das Gesellschaftsverhältnis durch den Tod eines Gesellschafters beendet. Diese Folge könnte nämlich durch den Vertrag ausgeschlossen sein. Wäre das der Fall, dann wäre es für die Begründetheit des Anspruchs wiederum gleichgültig, ob ein Arbeits- oder ein Gesellschaftsverhältnis vorlag. Im Streitfall müßte also zunächst untersucht werden, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen. Es müßte deshalb über die Fortführungsklausel Beweis erhoben werden. Eine Beweiserhebung hierüber ginge jedoch nicht nur über die Kompetenz

---

95) In Anlehnung an den vom Bundesarbeitsgericht am 25.8.1956 (AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953) entschiedenen Fall.

96) Vgl. auch Bötticher, ZZP 72, 56 Anm. 11 und a.a.O., S. 51.

des Arbeitsgerichts, sondern auch über den Rahmen einer Zuständigkeitsprüfung hinaus. Darf das Arbeitsgericht im Zuständigkeitsstreit nicht prüfen, ob der Anspruch aus Arbeitsverhältnis auch wirklich begründet ist, so darf es erst recht nicht in die gesellschaftsrechtliche Beurteilung aus Gründen der Zuständigkeit eingreifen. Ein solcher unzulässiger Übergriff würde aber in der Beweiserhebung über die Fortführungsklausel liegen. Das Arbeitsgericht könnte hierbei zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Gesellschaftsverhältnis ohne Fortführungsklausel vereinbart sei, daß deshalb der Zahlungsanspruch nur im Falle des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses gegeben sei, zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen mithin zusammenfielen, und deshalb die Behauptung eines Arbeitsverhältnisses für die Bejahung der Zuständigkeit genüge. Damit wäre es jedoch in Wirklichkeit in die Lage versetzt, über einen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt zu entscheiden, obwohl ihm dafür die Zuständigkeit fehlt, denn bei einem gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt müßte das ordentliche Gericht zuständig sein. Deshalb hat dem Arbeitsgericht die Untersuchung über die Begründbarkeit bzw. Nichtbegründbarkeit des Anspruchs aus Gesellschaftsverhältnis zur Feststellung, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen, ob also der Anspruch nur bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses begründet sein kann, verwehrt zu bleiben. Seine Untersuchung hat sich vielmehr auf die Feststellung zu erstrecken, ob ein Arbeits- oder ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt. Es kann aber auch nicht entscheidend sein, ob das Zusammenfallen der Tatsachen - d.h., ob der Anspruch nur beim Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses begründet sein kann - erst durch eine Beweisaufnahme festgestellt wird. Denn auch dort, wo das Arbeitsgericht ohne Beweisaufnahme das Gesellschaftsverhältnis in concreto als aufgelöst ansieht und der Anspruch deshalb nur als arbeitsrechtlicher bestehen könnte, ließe sich die Möglichkeit, daß doch ein gesellschaftsrechtlicher

Anspruch besteht, nie mit Sicherheit ausschließen; [97] um diese Sicherheit gewinnen zu können, müßten alle bei dem Gesellschaftsverhältnis in Betracht kommenden Tatsachen vorgetragen und festgestellt werden, was aber nicht der Sinn der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeitsprüfung sein kann. Deshalb ist auch in Fällen, in denen der Anspruch in abstracto auch aus dem von dem anderen Gericht zu beurteilenden Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann, die Feststellung, ob tatsächlich ein Arbeits- oder ein vom ordentlichen Gericht zu beurteilendes Rechtsverhältnis vorliegt, erforderlich, aber auch genügend. Der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung entspricht es, wenn das Arbeitsgericht über die Ansprüche eines Arbeitnehmers, das ordentliche Gericht über die Ansprüche eines Gesellschafters entscheidet.

Auch Bötticher stellt die Fälle, die durch ein "aut - aut" rechtlicher Qualifikation gekennzeichnet sind, den Fällen gleich, in denen die rechtliche Qualifikation nicht die Begründetheit der Klage, sondern lediglich die Zuständigkeit berührt. [98] Als Beispiel eines solchen "aut-aut-Verhältnisses" führt Bötticher den Fall an, daß der Beklagte, von dem der Kläger eine als Arbeitslohn bezeichnete Geldsumme verlangt, einwendet, diese könne allenfalls als erst später fälliger Gesellschaftergewinn gefordert werden, da die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nicht als Arbeits-, sondern als Gesellschaftsverhältnis zu qualifizieren seien. [99] Auch hier ist die Qualifikation für die Sachentscheidung von Bedeutung; zwar nicht in dem Sinne, daß der Anspruch beim Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses überhaupt unbegründet, aber doch in dem Sinne, daß er zur Zeit unbegründet wäre. Festzustellen, ob der Anspruch aus Gesellschaftsverhältnis

---

97) S. auch Bötticher, ZZP 72, 56 Anm. 11.

98) Vgl. insbesondere Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 541.

99) A.a.O.

etwa hinsichtlich der Fälligkeit dem Anspruch aus Arbeitsverhältnis gleichsteht, kann auch hier nicht Aufgabe des Arbeitsgerichts sein. Ebenso wie in den Fällen, in denen die Qualifikation lediglich die Zuständigkeit berührt, will Bötticher auch in den "aut-aut-Fällen" über die rechtliche Qualifikation im Zuständigkeitsstreit Beweis erheben. Zutreffend hat auch das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 13. 3. 1964 [100] ausgesprochen, es sei allein eine vom Gericht im Zuständigkeitsstreit zu entscheidende Rechtsfrage, ob es sich bei den Vertragsbeziehungen der Parteien um einen Arbeits- oder um einen Gesellschaftsvertrag handele.

e) Kann in den zuvor erörterten Fällen der Anspruch in abstracto sowohl aus Arbeits- als auch aus Gesellschaftsverhältnis begründbar sein, so gibt es demgegenüber auch Fälle, in denen der Klaganspruch in jedem Fall nur als arbeitsrechtlicher bestehen kann. Klagt der Kläger beispielsweise einen Zeugnisanspruch ein und wendet hier der Beklagte ein, der Kläger sei nicht Arbeitnehmer, sondern Gesellschafter, so ist die Situation insofern anders als in den eben behandelten Fällen, als der Zeugnisanspruch überhaupt nur aus Arbeitsverhältnis, nicht aber aus Gesellschaftsverhältnis begründet sein kann. Gleiches kann auch für Zahlungsansprüche gelten. So besteht der Anspruch auf Zahlung des Tariflohns [101] überhaupt nur, wenn das Rechtsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Verlangt der Kläger nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses Abgeltung des ihm angeblich zustehenden und vom Beklagten nicht gewährten Urlaubs, so kann diesem Begehren nur stattgegeben werden, wenn das Beschäftigungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis war. [102]

---

100) BAG 15, 292 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

101) Vgl. BAG, Urteil vom 6.2.1958, BAG 5, 139 = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686.

102) Vgl. BAG, Urteil vom 15.2.1965, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

In derartigen Fällen erscheint es noch am ehesten gerechtfertigt, die Klage beim Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses als unbegründet abzuweisen, weil über den Zeugnis-, Tariflohn- oder Urlaubsanspruch nur das Arbeitsgericht entscheiden könnte. Andernfalls würde es nicht zu einer Sachentscheidung kommen, der Beklagte würde um sein Recht auf Sachabweisung gebracht werden, [103] der Ausspruch, daß ein Zeugnis-, Tariflohn- oder Urlaubsanspruch nicht bestehe, würde allein eine Zuständigkeitsentscheidung sein - ein Sachurteil also im Gewand eines Prozeßurteils. Denn ein anderes Gericht wäre praktisch nicht zuständig, weil aus dem Rechtsverhältnis, das seiner Beurteilung unterliegt, ein solcher Anspruch, wie ihn der Kläger geltend macht, nicht hergeleitet werden kann. Deshalb wären jedenfalls auch von der Rechtskraft her keine Bedenken gegen eine Sachabweisung zu erheben. Im Gegenteil: Wegen der beschränkten Rechtskraftwirkung des abweisenden Prozeßurteils könnte das ordentliche Gericht - sollte es vom Kläger doch noch angegangen werden - dem Klaganspruch stattgeben, wenn es der rechtlichen Beurteilung des Arbeitsgerichts nicht folgt, und das könnte es, wie gezeigt, nur aus dem Arbeitsverhältnis. Es würde also zur Überprüfung des allein möglichen und schon vom Arbeitsgericht - wenn auch nur im Zuständigkeitsstreit - geprüften rechtlichen Gesichtspunktes durch das ordentliche Gericht kommen. Das spricht dafür, die Klage in den Fällen, in denen der Klaganspruch generell nur aus einem Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann, anders als in den übrigen Fällen bei Verneinung des Arbeitsverhältnisses nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen. [104]

---

103) Vgl. Bötticher, Anm. 4 zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

104) Für eine derartige Behandlung Scheuerle, JZ 1965, 66.

Eine solche Lösung entspricht auch der herrschenden Formel, ja, diese Fälle sind es wohl auch gewesen, an denen sich das Bundesarbeitsgericht in seiner früheren Rechtsprechung bei der Herausarbeitung seiner Leitsätze orientiert hat. [105] Bötticher hat jedoch in seiner ausführlichen Abhandlung in der Rosenberg-Festgabe der Zeitschrift für Zivilprozeß auch für diese Fälle den Beweis des Arbeitsverhältnisses im Zuständigkeitsstadium verlangt. [106] In einer neueren Anmerkung zu einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts [107] weist er demgegenüber darauf hin, daß der Beklagte im Falle der Prozeßabweisung um sein Recht auf Sachabweisung gebracht werden würde, da in diesen Fällen der Kläger weder Veranlassung habe, Verweisung zu beantragen, noch auch, auf eine Prozeßabweisung wegen Unzuständigkeit eine Klage vor einem anderen Gericht folgen zu lassen; das spreche immerhin für ein klagabweisendes Sachurteil bei Nichterweislichkeit des Arbeitsverhältnisses. Diese Sachabweisung müsse auch eine totale, keine nur partielle sein. Ein "aut-aut-Fall" im Sinne Böttichers liegt hier nicht vor; denn der Anspruch kann hier nur aus einem rechtlichen Gesichtspunkt, nicht aber möglicherweise aus mehreren, einander ausschließenden Gesichtspunkten begründet sein.

Bestehen im Unterschied zu den zuvor erörterten Fällen von der Rechtskraft her keine Bedenken gegen eine Sachabweisung, so fragt es sich doch, ob eine verschiedenartige Behandlung bei der Zuständigkeitsprüfung gerechtfertigt ist. Anders als in dem Fall, in dem streitig war, ob ein Gesellschaftsverhältnis durch den Tod aufgelöst worden war, handelt es sich hier nicht um die tatsächliche Prüfung, ob die Qualifizierung von aus-

---

105) Bötticher, ZZP 72, 51 und MDR 1959, 791 (III).

106) ZZP 72, 44 ff., insbesondere S. 57 oben.

107) Anm. 4 zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

schlaggebender Bedeutung für die Begründetheit des Klaganspruchs ist, sondern um die rechtliche Prüfung, ob der Anspruch auch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet sein kann. Auch die rechtliche Prüfung, ob der Anspruch auch aus einem anderen als einem Arbeitsrechtsverhältnis hergeleitet werden kann, fällt jedoch nicht mehr in den Rahmen einer Zuständigkeitsprüfung. Denn für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten kann es nur darauf ankommen, ob der Sachverhalt dem durch das Arbeitsrecht oder das sonstige bürgerliche Recht geregelten Lebensbereich angehört, [108] nicht aber darauf, ob der Anspruch nur im Falle einer Würdigung in einem bestimmten Sinne begründet wäre. Letzteres betrifft bereits die Frage der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen. Sagt das Arbeitsgericht zum Zwecke der Bejahung seiner Zuständigkeit, der Anspruch könne nicht aus Gesellschaftsverhältnis bestehen, so ist das schon eine materiellrechtliche Würdigung, die dem Arbeitsgericht nicht zusteht. Es kann in diesem Stadium des Verfahrens nur aussprechen, daß ein Gesellschaftsverhältnis nicht gegeben ist. Deshalb ist in jedem Fall im Zuständigkeitsstadium darüber Beweis zu erheben, ob ein Arbeitsverhältnis oder etwa ein Gesellschaftsverhältnis oder ein sonstiges zum Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte gehörendes Rechtsverhältnis vorliegt. Dies entspricht auch dem durch die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte abgesteckten Umfang der Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium, die lediglich darauf abgestellt hat, ob der Anspruch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ergab. [109] Auch das Bundesarbeitsgericht spricht in dem Urteil vom 13. 3. 1964 [110] aus, die Frage, ob es sich bei den Vertragsbezie-

---

108) Vgl. auch Rupp, AöR 85, 166 ff. hinsichtlich der Abgrenzung zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten.

109) Vgl. RG, Urteil vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (315), vgl. auch Urteil vom 11.4.1935, RGZ 147, 253 (255).

110) BAG 15, 292 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1964, 1435.

hungen zwischen den Parteien in Wahrheit um einen Arbeits- oder um einen Gesellschaftsvertrag handle, sei allein eine vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage, die im Rahmen der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung der ausschließlichen Zuständigkeit besondere Bedeutung gewinne. [111] Komme das angerufene Arbeitsgericht im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung zu dem Ergebnis, daß das vorgetragene Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis sei, dann sei das Gericht sachlich zuständig und habe in der Sache selbst abschließend zu erkennen. Ergebe sich dagegen, unter Umständen auf Grund einer Beweisaufnahme, daß das behauptete Vertragsverhältnis jedenfalls kein Arbeitsverhältnis sei, dann seien die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig und demzufolge gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden. [112] Zur Entscheidung darüber, welche Ansprüche ein Arbeitnehmer hat, ist eben das Arbeitsgericht zuständig, hingegen sagt das ordentliche Gericht dem Gesellschafter, welche Ansprüche ihm zustehen. [113] Im letzteren Fall ist ein Sozialtatbestand, der der Sache nach vor die Arbeitsgerichte gehört, nicht gegeben. [114] So gesehen, liegt auch im Zeugnisfall ein "aut-aut-Verhältnis" vor, freilich in einem anderen, weiteren Sinn als bei Böttticher, nämlich im Hinblick auf die einander ausschließenden Rechtsverhältnisse.

Allerdings mag es nicht unzweifelhaft erscheinen, ob das Bundesarbeitsgericht nach seinem Urteil vom 13. 3. 1964 [115]

---

111) BAG 15, 296.

112) BAG 15, 297.

113) So fragt auch Böttticher, JZ 1962, 318, in einem entsprechenden Fall: "Ist nicht die Verwaltungsgerichtsbarkeit dazu berufen, dem Kläger, der in Wahrheit Beamter ist, zu sagen, welche Gehaltsansprüche ihm zustehen oder nicht zustehen?" Ebenso kann man fragen: Ist nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit dazu berufen, dem Kläger, der in Wahrheit Gesellschafter ist, zu sagen, welche Ansprüche ihm zustehen oder nicht zustehen?

114) Vgl. schon BAG, Urteil vom 30.6.1958, BAG 6, 160 (162) = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1959, 502.

115) BAG 15, 292.

die Beweisaufnahme über das Rechtsverhältnis auch in den Fällen im Zuständigkeitsstreit vornehmen will, in denen der Anspruch generell nur als arbeitsrechtlicher bestehen kann. Seine hier wiedergegebenen allgemein gehaltenen Ausführungen enthalten keine Einschränkung für bestimmte Fälle von einander ausschließenden Rechtsverhältnissen. Bötticher meint jedoch, es sei offen geblieben, ob das Bundesarbeitsgericht in den Fällen, in denen die Klagforderung nur beim Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses begründet sein könne, bei dessen Nichterweislichkeit ein klagabweisendes Sachurteil für angezeigt halte. [116] Darauf, daß diese Fälle nicht erfaßt werden sollten, deutet immerhin der Leitsatz des Urteils. [117] Auch sagt das Bundesarbeitsgericht zum entschiedenen Fall, es fielen hier zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen nicht in dem Sinne zusammen, daß der geltend gemachte Anspruch mit der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers stehe und falle. [118] Eine Antwort auf die Frage, wie das Bundesarbeitsgericht zu den hier interessierenden Fällen steht, könnte in dem Urteil des 5. Senats vom 15. 2. 1965 [119] gefunden werden, in dem der Senat offenbar keine Bedenken gegen den Erlaß eines Sachurteils hatte.

Der Kläger, eine nebenberufliche Lehrkraft, hatte hier nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses Abgeltung des ihm angeblich zustehenden und vom beklagten Land nicht gewährten Urlaubs verlangt. Das beklagte Land hatte eingewendet, der Kläger habe nicht in einem abhängigen Arbeitsverhältnis gestanden, und seine geringe Arbeitszeit habe auch einen

---

116) Anm. 4 zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

117) Leitsatz 1: "Können sich aus einem im wesentlichen einheitlichen Tatbestand Ansprüche entweder aus arbeitsrechtlichen o d e r aus bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten ergeben, ... ".

118) BAG 15, 296.

119) AP Nr. 7 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

Urlaubsanspruch nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hatte die Klage - offensichtlich durch Sachurteil - abgewiesen, da der Kläger nicht in einem weisungsgebundenen Arbeitsverhältnis, sondern in einem freien, einen Urlaubsanspruch ausschließenden Dienstverhältnis zum beklagten Land gestanden habe. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte dieses Urteil. Im Leitsatz wird über die nebenberuflichen Lehrkräfte ausgeführt: "Stehen sie in einem freien Dienstvertrag, so haben sie keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub und demzufolge keinen Anspruch auf Urlaubsabgeltung." Die Frage der Zuständigkeitsprüfung wird hier nicht erwähnt. Aus der Sachabweisung ergibt sich, daß sich das Bundesarbeitsgericht - ebenso wie die Vorinstanzen - für die Bejahung der Zuständigkeit mit der Behauptung des Klägers, es liege ein Arbeitsverhältnis vor, begnügt hat. Damit schränkte der Senat jedoch seine seit dem Urteil vom 15. 7. 1961 [120] vertretene Auffassung, über die Arbeitnehmereigenschaft sei im Zuständigkeitsstreit Beweis zu erheben, wieder im Sinne der Formel vom Zusammenfallen zuständigkeits- und anspruchsbegründender Tatsachen ein. Da er jedoch die Zuständigkeitsfrage in dem letzten Urteil überhaupt nicht angesprochen hat, wird man immerhin annehmen dürfen, daß hier das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.

Nach der hier im Einklang mit der Auffassung Böttichers in der Rosenberg-Festgabe der Zeitschrift für Zivilprozeß [121] vertretenen Ansicht hätte auch im letzten Fall ein Prozeßurteil ergehen müssen, da die Abweisung als unbegründet die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt. [122] Der Ausspruch, die in einem freien Dienstverhältnis stehenden nebenberuflichen Lehrkräfte hätten keinen Anspruch auf bezahl-

---

120) AP Nr. 1 zu § 92 a HGB.

121) ZZP 72, 44 ff. (50 ff.).

122) Ähnlich Rupp, AöR 85, 166 ff. (168), für die Abgrenzung Verwaltungsgerichte - ordentliche Gerichte.

ten Urlaub, geht über den Rahmen der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit hinaus, da es allein dem ordentlichen Gericht im Stadium der Sachprüfung zusteht, über die Ansprüche der in einem freien Dienstverhältnis Stehenden zu entscheiden. Dem Arbeitsgericht stand allein die im Zuständigkeitsstreit zu treffende Feststellung zu, ob das Beschäftigungsverhältnis ein Arbeits- oder ein freies Dienstverhältnis war.

Diese Auffassung führt auch zu einer einheitlichen Zuständigkeitsentscheidung, wenn der Kläger etwa nach Auflösung der Vertragsbeziehungen die sich hieraus noch ergebenden Ansprüche vor dem Arbeitsgericht verfolgt, weil er seiner Meinung nach Arbeitnehmer war. Verlangt er beispielsweise noch die Zahlung von Arbeitslohn und die Erteilung eines Zeugnisses, so kann das Arbeitsgericht über die Zuständigkeit nur einheitlich entscheiden. Zwar ist die Zuständigkeit an sich für jeden Antrag gesondert zu prüfen, aber es handelt sich hier doch um dasselbe Lebensverhältnis, bei dem die Zuständigkeiten nicht verschieden sein können. Das Arbeitsgericht, das feststellt, es liege ein Gesellschaftsverhältnis vor, kann also nicht hinsichtlich des Gehaltsanspruchs seine Zuständigkeit verneinen, hinsichtlich des Zeugnisanspruchs aber bejahen.

Der Einwand gegen diese Auffassung, der Beklagte werde um sein Recht auf Sachabweisung gebracht, da der Kläger keine Veranlassung habe, im Anschluß an die Prozeßabweisung des Arbeitsgerichts das ordentliche Gericht anzugehen, [123] kann nicht durchgreifen. Ein Nachteil für den Beklagten besteht insoweit nicht, der Einwand besagt vielmehr selbst, daß der Streit auch durch ein Prozeßurteil aus der Welt geschafft

---

123) Vgl. Bötticher, Anm. 4 zu BAG AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

ist. [124] Sollte der Kläger aber doch einmal das ordentliche Gericht angehen, so ist die Prozeßabweisung nicht so unbefriedigend, wie sie das Bundesarbeitsgericht noch im Urteil vom 6. 2. 1958 [125] empfunden hat. Daß das ordentliche Gericht den Klaganspruch doch noch aus arbeitsrechtlichen Gründen zuerkennt, wird wohl - wie der 5. Senat im Urteil vom 13. 3. 1964 [126] nunmehr mit Recht sagt - ein seltener Ausnahmefall sein, der in Kauf genommen werden muß. [127]

f) War das Charakteristikum aller bisher erörterten Fälle, daß die in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse und damit auch die an diese Rechtsverhältnisse anknüpfenden Zuständigkeiten einander ausschlossen, so gibt es auch Fälle, in denen die Zuständigkeiten für mehrere Klagegründe des geltend gemachten Klageanspruchs nebeneinander bestehen können. Handelt es sich in jenen Fällen um einen eingleisigen Klageanspruch, so liegt in diesen Fällen ein mehrgleisiger Klageanspruch vor. Das Schulbeispiel für einen mehrgleisigen Klageanspruch mit mehreren Zuständigkeiten ist aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit das Zusammentreffen von Vertrags- und Deliktsanspruch. Hier ist der Richter im Gerichtsstand des Erfüllungsorts wie der Richter im Gerichtsstand des Tatorts der unerlaubten Hand-

---

124) Es zeigt sich hier auch, daß es einen Sinn hat, die Verweisung nur auf Antrag zuzulassen und nicht den Rechtsstreit von Amts wegen an das ordentliche Gericht zu verweisen, das der Kläger von sich aus nicht angehen würde. Vgl. hierzu auch den Reformvorschlag der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Bericht, S. 225 ff. (227 f.),426, wonach eine Verweisung von Amts wegen zwar vorgenommen, dem Kläger aber die Möglichkeit gegeben werden soll, die Klage ohne Einwilligung des Beklagten binnen Monatsfrist zurückzunehmen.

125) BAG 5, 139 (142) = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 = NJW 1958, 686.

126) BAG 15, 292 (299).

127) Vgl. auch schon Zöllner, Anm. 3 zu BAG AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953.

lung - entgegen Nikisch [128] - jeweils auf die Prüfung des seiner Zuständigkeit unterliegenden materiellrechtlichen Anspruchs beschränkt. [129] Entsprechend beschränkt sich auch die materielle Rechtskraft des klagabweisenden Urteils: Die Sachabweisung im besonderen Gerichtsstand hindert den Kläger nicht, wegen konkurrierender Klagegründe ein anderes Gericht, das die Prüfung unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten vornehmen kann, anzugehen; denn der Streitgegenstand ist noch nicht erschöpft. [130] Entsprechende Beispiele gibt es aber auch im Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten. Kann die Klage sowohl auf Arbeitsvertragsverletzung als auch auf Amtspflichtverletzung gestützt werden, so hat nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung über diesen rechtlichen Gesichtspunkt das ordentliche Gericht, über jenen hingegen das Arbeitsgericht zu entscheiden. Wie bei den entsprechenden Fällen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Zuständigkeitsstreit kein Beweis erhoben wird, so muß auch hier die Behauptung des Klägers genügen. Denn hier kann man nicht davon sprechen, daß sich der Kläger, wenn man seine Behauptung im Zuständigkeitsstreit für ausreichend hielte, gegen den Willen des Beklagten eine ihm nicht zukommende sachliche Zuständigkeit verschaffen würde. Hier sind ja gerade mehrere konkurrierende rechtliche Gesichtspunkte gegeben, deren Subsumtion das Gesetz verschiedenen Gerichtszweigen zuweist. Es braucht daher nicht jede Gerichtssparte in Betracht zu ziehen, daß möglicherweise - nur - die andere Gerichtssparte sachlich zuständig ist. [131] Der Beklagte kann

---

128) Streitgegenstand, S. 156 ff.

129) Vgl. RG, Beschluß der Vereinigten Zivilsenate vom 9.2.1891, RGZ 27, 385, Urteil vom 16.9.1905, Gruchot 50, 423 (424, 425), vom 5.11.1909, Gruchot 54, 662 (665) = JW 1910, 655 f.; BGH, Urteil vom 20.11.1961, LM Nr. 1 zu § 29 ZPO = NJW 1962, 739 (Leitsatz).

130) S. hierzu näher Henckel, S. 278 ff.

131) Vgl. BAG, Urteil vom 30.6.1958, BAG 6, 160 (162) = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1959, 502.

also gegenüber der Klage aus Fürsorgepflichtverletzung vor dem Arbeitsgericht nicht einwenden, das ordentliche Gericht sei aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung zuständig; dieser Einwand würde nicht den vor dem Arbeitsgericht verfolgten, sondern einen anderen - daneben in Betracht kommenden - materiellrechtlichen Anspruch betreffen. Die beschränkte Rechtskraftwirkung, deren notwendiges Korrelat die sich aus dem bloßen Vorbringen des Klägers ergebende Zuständigkeit ist, [132] kann hier anders als beim eingleisigen Klaganspruch nicht zur Rechtsverweigerung führen, weil es zum negativen Qualifikationsstreit nicht kommen kann, wenn mehrere rechtliche Gesichtspunkte widerspruchslos nebeneinander bestehen können.

Beispiele für einen mehrgleisigen Klaganspruch, ein "et-et-Verhältnis" im Sinne Böttichers, bietet die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in den Urteilen vom 7. 10. 1954 [133], 9. 10. 1958 [134] und 11. 3. 1965 [135]. Im erstgenannten Fall verlangte ein ehemaliger Spruchkammerbediensteter Schadensersatz wegen verspäteter Einstellung durch die Behörde, der er durch Verwaltungsakt zugewiesen worden war. Hier kamen der arbeitsrechtliche Gesichtspunkt der Verpflichtung zum Vertragsabschluß und der Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung in Betracht. Während das Bundesarbeitsgericht den ersteren Gesichtspunkt in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte verwies, stellte es fest, es stehe den Gerichten für Arbeitssachen nicht zu, die Berechtigung des Anspruchs des Klägers unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung nach Art. 34 GG, § 839 BGB auch nur hilfsweise zu prüfen. [136] Im Ur-

---

132) Vgl. Bötticher, ZZP 72, 58.

133) BAG 1, 102 = AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953.

134) BAG 6, 300 = AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit Anm. Bötticher = NJW 1959, 260 = MDR 1959, 247.

135) AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1965, 1454.

136) BAG 1, 105.

teil vom 9. 10. 1958 standen die Gesichtspunkte der Amtspflichtverletzung - hierfür war das Arbeitsgericht infolge Verweisung durch das Landgericht zuständig geworden -, der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichtverletzung und der beamtenrechtlichen Fürsorgepflichtverletzung zur Entscheidung; hier hatte die Behörde dem Kläger die Ernennungsurkunde zum Beamten nicht in gehöriger Form ausgehändigt. Im letztgenannten Fall konnte der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Auskehrung einer Versicherungssumme aus einer für ihn vom Arbeitgeber abgeschlossenen Versicherung (Unfallversicherung für einen Piloten) sowohl auf arbeitsrechtliche, als auch auf bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlagen - Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung - gestützt werden. Allerdings ging es in diesen Fällen um unstreitige Sachverhalte, so daß eine Beweisaufnahme nicht akut wurde.

Entscheidend für die Behandlung der Zuständigkeitsfrage ist nach alledem, ob es sich um einen eingleisigen oder um einen mehrgleisigen Klaganspruch handelt. Dieser Unterschied findet sich zuerst in einem Urteil des LAG Baden-Württemberg (Mannheim) vom 11. 7. 1956 [137]; freilich will dieses Urteil bei eingleisigen Ansprüchen dann auf eine Beweisaufnahme verzichten, wenn der Anspruch nur aus einem Arbeitsverhältnis verfolgt werden könnte. Nicht gefolgt werden kann diesem Urteil auch, wenn es in den Fällen des mehrgleisigen Klaganspruchs das angerufene Arbeitsgericht auch über den Klagegrund der Amtspflichtverletzung entscheiden lassen will. Hiergegen sind die gleichen Einwände zu erheben, wie sie gegen Nikischs Auffassung zur entsprechenden Behandlung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorgebracht worden sind. [138] Hinzu kommt, daß es sich im Verhältnis zwischen Arbeitsgerichten

---

137) VII Sa 26/56, ARSt. 1956 XVI Nr. 669 (nur Leitsätze).

138) Vgl. z.B. Habscheid, S. 156 ff., Henckel, S. 271 f. Aus der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte s. die in Fußnote 129 zitierten Entscheidungen.

und ordentlichen Gerichten um ausschließliche Zuständigkeiten handelt. [139] Besonders bedenklich wäre das Ergebnis auch von der Auffassung des Landesarbeitsgerichts aus, wonach schon die rechtliche Würdigung des Klägers für die Begründung der Zuständigkeit genügen soll, wenn es sich um einen mehrgleisigen Anspruch handelt. [140] Zur Entscheidung über den bürgerlichrechtlichen Klagegrund ist vielmehr das ordentliche Gericht zuständig, an das der Rechtsstreit nach Verneinung des arbeitsrechtlichen Klagegrundes gegebenenfalls verwiesen werden kann. [141] Um den einheitlichen Streitgegenstand nicht zu zerreißen, darf die Verweisung aber abweichend von § 48 Abs. 1 ArbGG in Verbindung mit § 276 ZPO nur im Urteil ausgesprochen und erst mit der Rechtskraft dieses Urteils wirksam werden. [142]

---

139) Vgl. auch Zöllner, Anm. 2 zu BAG AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953, der den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs jedenfalls für das Verhältnis zwischen ordentlicher und Arbeitsgerichtsbarkeit "wegen des derzeitigen Aufbaus dieser Gerichte und den Unterschieden ihrer Besetzung" ablehnt.

140) ARSt. 1956 XVI Nr. 669 Leitsatz 6.

141) Gibt das Arbeitsgericht der Klage aus dem arbeitsrechtlichen Klagegrund statt, so kommt eine Anrufung des ordentlichen Gerichts nicht mehr in Betracht, da der Streitgegenstand erschöpft ist, vgl. hierzu Henckel, S. 279.
Aus der Beschränkung der Zuständigkeiten folgt auch nicht notwendig, daß die Rechtshängigkeit des einen Anspruchs vor dem einen Gericht nicht der Geltendmachung des anderen vor dem anderen Gericht im Wege steht, wie Dietz, Anm. I 2 zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953, meint. Eine zweite Klage ist bis zur Rechtskraft des Urteils im ersten Verfahren vielmehr wegen des einheitlichen Streitgegenstandes unzulässig, vgl. hierzu Henckel, S. 280.

142) Henckel, S. 279 f.; Blomeyer, Berliner Festschrift, S. 73 ff. (76 f.) und Zivilprozeßrecht, § 5 VIII 2, S. 39 f.; Rosenberg, § 33 II 2, S. 138; Bötticher, Anm. III zu BAG AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 34. Gegen eine Verweisung aber BGH, Urteil vom 27.4.1954, BGHZ 13, 145 (153 f.) = NJW 1954, 1321, vom 28.5.1956, LM Nr. 2 zu § 51 SGG = JZ 1956, 573, vom 28.6.1956, LM Nr. 8 zu § 81 BVerwGG = DÖV 1956, 668 = JZ 1956, 573, Beschluß vom 8.2.1963, NJW 1964, 45 (46); BVerwG, Urteil vom 25.5.1960, MDR 1960, 783, vom 15.6.1960, DVBl. 1960, 854 (855) = DÖV 1961, 273 f., vom 9.4.1964, BVerwGE 18, 181 (182 f.), vom

Der einheitliche Streitgegenstand verbietet aber auch die Verbindung eines Sachurteils (über den arbeitsrechtlichen Klagegrund) mit einem Prozeßurteil (über den Klagegrund, für den das ordentliche Gericht zuständig ist). [143] Daß das Gericht einen rechtlichen Gesichtspunkt wegen seiner kraft Gesetzes beschränkten Subsumtionsbefugnis nicht berücksichtigt hat, ist vielmehr in den Gründen des klagabweisenden Sachurteils festzuhalten. [144]

D. Ergebnis

Ist streitig, ob ein Arbeitsverhältnis oder ein - dieses ausschließendes - zum Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte gehörendes Rechtsverhältnis vorliegt, so hat das Gericht im Zuständigkeitsstreit darüber zu entscheiden, ob das seiner Zuständigkeit zugeordnete Rechtsverhältnis schlüssig dargelegt und - erforderlichenfalls - bewiesen ist. Dies gilt nicht nur für die Fälle, in denen die Entscheidung über das Rechtsverhältnis lediglich die Zuständigkeit berührt, in denen es also für die Begründetheit letztlich gleichgültig ist, ob ein Arbeitsverhältnis oder ein sonstiges Rechtsverhältnis vorliegt, sondern auch für die Fälle, in denen die Entscheidung über das Rechtsverhältnis auch für die Begründetheit des Klaganspruchs Bedeutung gewinnt. Das Gericht hat in keinem Fall zu erörtern, ob der Klaganspruch auch aus einem anderen Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann, einerlei, ob diese Möglichkeit in abstracto besteht und deshalb

---

15.9.1965, BVerwGE 22, 45 (46 f.); OLG Freiburg, Urteil vom 18.12.1952, JZ 1953, 473.

143) Abweichend Bötticher, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 543 f.

144) Vgl. Henckel, S. 278 ff. und BAG, Urteil vom 9.10. 1958, BAG 6, 300 (301) = AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1959, 260 Leitsatz c bzw. 3.

in concreto zu eingehenderen Erörterungen führen kann oder ob der Anspruch generell nur aus einem Rechtsverhältnis begründbar ist. Denn in jedem Fall würde die Feststellung, der Anspruch könne aus dem Rechtsverhältnis, das der Beurteilung des anderen Gerichtszweiges unterliegt, nicht hergeleitet werden, nicht nur über den Rahmen einer Zuständigkeitsprüfung hinausgehen, sondern auch die Befugnis des angegangenen Gerichts überschreiten. Dieses Gericht hat vielmehr in diesem Teil des Verfahrens - notfalls auf Grund einer Beweisaufnahme - allein die Feststellung zu treffen, ob das zu seiner Zuständigkeit gehörende Rechtsverhältnis vorliegt oder ob ein zum Bereich des anderen Gerichtszweiges gehörendes Rechtsverhältnis gegeben ist. Es entspricht der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, daß das Arbeitsgericht über die Ansprüche eines Arbeitnehmers, das ordentliche Gericht über die Ansprüche etwa eines Gesellschafters oder Handelsvertreters entscheidet. Darauf, ob zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen oder nicht, kommt es hiernach nicht an.

Handelt es sich jedoch nicht um Fälle einander ausschließender Rechtsverhältnisse, kann der Klaganspruch vielmehr zugleich aus mehreren rechtlichen Gesichtspunkten hergeleitet werden (mehrgleisiger Klaganspruch), dann ist die Zuständigkeit ebenso wie bei den entsprechenden Fällen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, bei denen sich die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs richtet, mit der Erhebung eines entsprechenden Anspruchs gegeben. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn der Anspruch schlüssig qualifiziert ist. Schlüssig begründet braucht er auch hier nicht zu sein.

3. Kapitel

Die Zulässigkeit des Rechtswegs

A. Vergleich der Rechtswegprüfung mit der Zuständigkeitsprüfung im Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten

Während die Abgrenzung zwischen den ordentlichen und den Arbeitsgerichten eine Frage der sachlichen Zuständigkeit ist - vgl. § 528 ZPO, der von der Einrede der Unzuständigkeit spricht, wenn die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts begründet ist-, handelt es sich bei dem Verhältnis dieser Gerichte zu den Verwaltungsgerichten um eine Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs. Mit der völligen organisatorischen Trennung der Arbeitsgerichte von den ordentlichen Gerichten, dem umfassenden Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes und der verfassungsrechtlich begründeten Gleichwertigkeit aller Gerichte hat die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs jedoch seine ursprüngliche Bedeutung verloren und ist allgemein zur Frage nach der Zuständigkeit eines Gerichtszweiges im Rahmen der gesetzlichen Kompetenzverteilung geworden. [1] Spricht man heute vom "Rechtsweg", so geht es nicht mehr um den einen - den ordentlichen - Rechtsweg, sondern darum, welcher der verschiedenen Rechtswege im Einzelfall zu beschreiten ist. [2] Die Schaffung der Verweisungsmöglichkeit zwischen den einzelnen Gerichtszweigen (§ 17 GVG, § 48 a ArbGG, § 41 VwGO,

---

1) Vgl. hierzu Schönke-Schröder-Niese, § 11 I, II, S. 64 ff., § 14 I, S. 84 ff., insbes. a.E., S. 88; Kommissionsbericht, S. 425. Die Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit schlägt deshalb (a.a.O., S. 426) vor, Streitigkeiten über die richtige Art des Rechtswegs als Streitigkeiten über die sachliche Zuständigkeit des Gerichts zu behandeln, da die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs durch die Einrichtung verschiedener Arten des Rechtswegs überholt sei.

2) Schönke-Schröder-Niese, § 11 II 2, S. 67.

§ 52 SGG, § 34 FGO), die früher nur im Verhältnis zwischen ordentlichen und Arbeitsgerichten bestanden hat (§ 276 ZPO, § 48 ArbGG) - eines der bisher für die Frage der sachlichen Zuständigkeit als wesentlich angeführten Merkmale -, entspricht dieser Entwicklung.

Auch hinsichtlich der Prüfung, welcher der verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen ist, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Zuständigkeits- und Rechtswegprüfung nicht. Steht ein Gericht vor der Frage, ob eine Rechtsstreitigkeit arbeitsrechtlicher oder bürgerlichrechtlicher Natur ist, so kann diese Frage verfahrensmäßig nicht anders behandelt werden als die Frage, ob die Rechtsstreitigkeit arbeitsrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist. Nicht anders kann es aber auch sein, wenn es darum geht, ob eine bürgerlichrechtliche oder öffentlichrechtliche Streitigkeit vorliegt. Deshalb ist auch das Problem der Rechtswegprüfung ebenso gelagert wie das der Zuständigkeitsprüfung im Verhältnis zwischen ordentlichen und Arbeitsgerichten: für die Rechtswegprüfung haben die gleichen Grundsätze zu gelten, wie sie bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit entwickelt worden sind. Ebenso wie das Arbeitsgericht im Zulässigkeitsstreit festzustellen hat, ob tatsächlich ein Arbeitsverhältnis und nicht etwa ein Gesellschaftsverhältnis gegeben ist, hat das ordentliche Gericht in diesem Stadium des Verfahrens zu klären, ob wirklich ein bürgerlichrechtliches und nicht etwa ein öffentlichrechtliches Verhältnis vorliegt.

Die herrschende Meinung steht aber auf einem anderen Standpunkt. Zwar soll es auf die rechtliche Beurteilung des Klaganspruchs durch den Kläger nicht ankommen. Jedoch soll das tatsächliche Klagvorbringen im Zulässigkeitsstreit nicht auf

seine Richtigkeit geprüft werden, man läßt also insoweit die Tatsachenbehauptung des Klägers genügen. [3]

---

3) Baumbach-Lauterbach, § 13 GVG Anm. 4 A; Lent-Jauernig, § 3 II 3, S. 7; Lüke, AöR 84, 192; Nikisch, § 9 II 2, S. 38; Rosenberg, § 11 II 3 a, S. 39; Soergel-Siebert, Einl. 62; Zöller, § 13 GVG Anm. 10.
Dersch-Volkmar, § 1 Anm. 174; Dietz-Nikisch, § 2 Anm. 33 (allerdings erscheint es zweifelhaft, ob Dietz hinsichtlich der Beweisfrage der herrschenden Ansicht folgen will, vgl. dort).
Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 1; Jesch, S. 32 ff.; Koehler, § 40 Anm. XI 2 n a.E.; Mang-Vocke, S. 141; Schunck-De Clerck, § 40 Anm. 4 a aa; Turegg-Kraus, 20. Kap. 3 b, S. 328; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 40 Anm. I. Dapprich, S. 33; Maunz-Schraft, § 51 SGG Anm. I 3 a; Peters-Sautter-Wolff, § 51 Anm. 3 a bb.
RG, Urteil vom 24.1.1908, RGZ 69, 50 (51), vom 29.4.1913, Warn. 1913 Nr. 453 (S. 552 u.), vom 14.11.1917, RGZ 91, 148 (149), vom 15.11.1920, RGZ 100, 219, vom 24.2.1921, Warn. 1921 Nr. 63, vom 16.6.1922, RGZ 105, 38 (39), vom 15.3.1926, RGZ 113, 125 (131), vom 29.3.1928, RGZ 121, 7 (8), vom 30. 6.1930, RGZ 129, 287 (288 f.), vom 21.11.1930, RGZ 130, 268 (270), vom 27.4.1934, RGZ 144, 253 (254 f.), vom 30.4.1934, RGZ 144, 285 (288 f.), vom 21.12.1934, RGZ 146, 257 (261), vom 31.1.1936, RGZ 150, 174 (176), vom 14.11.1936, RGZ 153, 1 (4), vom 26.2.1936, RGZ 157, 106 (115), vom 24.11.1939, RGZ 162, 230 (233), vom 2.10.1941, RGZ 167, 281 (284), vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (314 f.).
OGH, Urteil vom 28.4.1949, JR 1950, 52, vom 27.5.1949, OGHZ 2, 58 (61 f.), vom 2.6.1950, NJW 1950, 784, vom 22.9. 1950, NJW 1951, 113.
BGH, Urteil vom 5.2.1951, LM Nr. 1 zu § 13 GVG, vom 20.12. 1951, BGHZ 4, 266 (267), vom 8.2.1952, BGHZ 5, 76 (81 f.), vom 19.2.1953, BGHZ 9, 65 (66), vom 10.7.1954, BGHZ 14, 222 (225), vom 26.5.1955, BGHZ 17, 317 (320) und Kayser-Leiß Nr. 2727, vom 13.6.1956, LM Nr. 48 zu § 13 GVG, vom 27.5. 1957, BGHZ 24, 302 (305), vom 19.1.1959, BGHZ 29, 187 (188 f.), vom 28.10.1959, BGHZ 31, 115 (121), vom 17.10.1960, LM Nr. 66 zu § 13 GVG, vom 9.3.1961, BGHZ 34, 349 (353), vom 16.4.1962, LM Nr. 84 zu § 13 GVG, vom 24.4.1962, BGHZ 37, 160 (163).
RAG, Urteil vom 3.7.1929, RAG 4, 125 = ARS 6, 565, vom 6.7.1929, ARS 7, 79 (83 ff.).
BVerwG, Urteil vom 21.10.1955, BVerwGE 2, 273 (274) = JZ 1956, 341 mit Anm. Bachof, vom 14.10.1958, BVerwGE 7, 257 (258), vom 15.2.1961, BVerwGE 12, 64 (65), vom 15.9.1965, BVerwGE 22, 45 f.
BSG, Urteil vom 10.11.1955, BSG 2, 23 (26).

Eine verbreitete Formel drückt diese Auffassung so aus: maßgebend sei die w i r k l i c h e Natur des b e h a u p t e t e n Rechtsverhältnisses, nicht aber die behauptete Natur des Rechtsverhältnisses und auch nicht die Natur des wirklichen Rechtsverhältnisses. [4] Erst in neuerer Zeit haben im Schrifttum Kupp [5] und Bötticher [6] eine andere Auffassung vertreten: beide Autoren wollen über die Frage, ob das Rechtsverhältnis bürgerlichrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, bereits im Zulässigkeitsstadium Beweis erheben.

B. Schlüssigkeitsprüfung

I. Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht des Klägers

Auch bei der Rechtswegprüfung kann es auf die Rechtsansicht des Klägers nicht ankommen. Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs ist der Satz geprägt worden, daß der Kläger eine öffentlichrechtliche Streitigkeit nicht dadurch vor die Zivilgerichte bringen könne, daß er sie in "ein bürgerlichrechtliches Gewand einkleide". [7] Entsprechendes gilt für die

---

4) So schon Seydel, S. 586; Seydel-Piloty, S. 416; Dyroff, S. 491, vgl. auch dort S. 491 ff.; Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 1; Mang-Vocke, S. 141; Zöller, § 13 GVG Anm. 10; Bachof, SJZ 1949, 384, JZ 1956, 342; Tiedau, ZZP 64, 418.

5) AöR 85, 165 ff.

6) ZZP 72, 60.

7) Vgl. Förster-Kann, 3 c bb vor § 1; Lent-Jauernig, § 3 II 3, S. 7; Nikisch, § 9 II 2, S. 38; Schönke-Schröder-Niese, § 14 II 2, S. 89; Soergel-Siebert, Einleitung 60; Jesch, S. 32 ff. Aus der Rechtsprechung s. die in RGZ 76, 121 (123), 97, 179 (180), 103, 131 (134), 106, 34 (42), 110, 344 (348), 113, 125 (134), 121, 7 (10), 130, 268 (270) und 313 (316), 144, 224 (230), 146, 369 (372), 152, 178 (182), 162, 230 (233), 168, 129 (134); SA 79 Nr. 152; JW 1928, 2705 und 1936, 2087 abgedruckten Entscheidungen des Reichsgerichts und die in BGHZ 8, 209 (212), 24, 302 (305), 29, 187 (194); LM Nr. 48 und 84 zu § 13 GVG abgedruckten Urteile des Bundesgerichtshofs. Vgl. auch die Urteile in RGZ 133, 244; 137, 133 (139); 145, 369 (374): der Rechtsweg sei nicht durch bloße Bezugnahme auf bürgerlichrechtliche Vorschriften zu begründen; in RGZ 110, 160 (163), 130, 319 (327),

Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten. [8] Selbständige Bedeutung hat dieser Satz nicht, denn er bedeutet nichts anderes, als daß die Rechtsansicht des Klägers für die Rechtswegfrage unmaßgeblich ist. [9] So kann der Kläger beispielsweise einen Anspruch auf Erstattung zu viel bezahlter Steuern nicht dadurch vor den Zivilgerichten verfolgen, daß er ihn als einen Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB bezeichnet.

Der Satz von der Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht des Klägers gilt allgemein, er ist nicht etwa für das Gebiet der Vertragsansprüche einzuschränken, wie Werner [10] gemeint hat. Nach seiner Auffassung soll die scharfe Betonung der Unmaßgeblichkeit des Rechtsvortrages der Partei gerade auf dem Gebiet der Zulässigkeit des Rechtswegs wohl darauf zurückzuführen sein, daß die meisten dieser Prozesse sich außerhalb des Vertragsrechts abspielten. Für die Legalansprüche des Bereicherungs- und Deliktsrechts, darunter auch des Amtshaftungs- und Enteignungsrechts, sei in der Tat die Rechtsansicht der Beteiligten unerheblich. Anders sei es jedoch auf dem Ge-

---

140, 84 (87), 143, 84 (88): der verschlossene Rechtsweg könne nicht durch einen "Umweg" eröffnet werden; in JW 1908, 653 und Warn. 1921 Nr. 63: der Kläger könne nicht willkürlich einen Streit, der auf öffentlichrechtlichem Gebiet liege, zu einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit stempeln bzw. gestalten und in RGZ 99, 41 (45): es sei den Parteien nicht anheimgegeben, "den wirklich öffentlichrechtlichen Streitgegenstand hinter einem scheinbar bürgerlichrechtlichen Vorhang verschwinden zu lassen".

8) Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 2; Schunck-De Clerck, § 40 Anm. 4 a aa; BVerwG, Urteil vom 7.11.1957, BVerwGE 5, 325 (331); OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.11.1958, AS 7, 146 = VerwRspr. 12 Nr. 57.

9) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 c vor § 1; Jesch, S. 32.

10) VerwArch. 43, 53 f.

biet des Vertragsrechts; die Parteien wollten in ihrem Geschäftsverkehr nicht nur das Tatsächliche, sondern auch das Rechtliche. Das Reichsgericht habe daher auch anerkannt, daß es die Parteien sehr wohl in der Hand hätten, ihre Beziehungen öffentlichrechtlich oder privatrechtlich zu gestalten und dementsprechend den Rechtsweg für sich zu eröffnen oder zu verschließen. Deshalb sei der Satz von der Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht einzuschränken.

Richtig ist, daß die Parteien manche Rechtsverhältnisse sowohl bürgerlichrechtlich als auch öffentlichrechtlich ausgestalten können. Klarzustellen ist jedoch, daß dies für die Zulässigkeit des Rechtswegs keine Einschränkung des Satzes von der Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht auf dem Gebiet außerhalb der Legalansprüche bedeutet. Denn das Bestimmungsrecht der Parteien, ihre Beziehungen öffentlichrechtlich oder privatrechtlich zu regeln, besagt nicht, daß es in deren Macht liege, eine von ihnen in bestimmtem Sinne getroffene Regelung mit bindender Wirkung für jedermann und insbesondere für die Gerichte einer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Bewertung zu unterstellen. [11] Vielmehr regelt die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts die Rechtsordnung selbst, die Vereinbarungen über den Rechtsweg nicht - auch nicht mittelbar - zuläßt; die Parteien können also bei öffentlichrechtlicher Natur des Rechtsverhältnisses nicht etwa die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs vereinbaren. Ihnen ist allein die Möglichkeit gegeben, einen bestimmten Sachverhalt so zu gestalten, daß sich hieraus eine bestimmte Bewertung notwendig ergibt. [12]

---

11) Pohle, MDR 1959, 825.

12) Pohle, a.a.O. Im gleichen Sinne Lerche, Anm. 98, S. 136, der sich ausdrücklich gegen Werner wendet.

II. Die Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium im allgemeinen

Auch hier bedarf der Satz von der Unmaßgeblichkeit der Rechtsansicht des Klägers einer genaueren Festlegung. Wie auch sonst ist die Schlüssigkeit im Zulässigkeitsstadium von der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen zu trennen. Zutreffend ist das Reichsgericht bei der Abgrenzung von ordentlichem Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg von dem Grundsatz ausgegangen, daß es weder darauf ankomme, ob die tatsächlichen Behauptungen - ihre Wahrheit unterstellt - den erhobenen Anspruch zu rechtfertigen vermögen, noch darauf, ob sie wenigstens eine Möglichkeit hierfür ersehen ließen; entscheidend sei vielmehr allein, ob ein so aufgebauter Anspruch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ergebe. [13] Auch der Bundesgerichtshof hat erkannt, es sei unstatthaft, die Zulässigkeit des Rechtswegs von der sachlichrechtlichen Schlüssigkeit der Anspruchsbehauptungen abhängig zu machen. [14] Bei der Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium kommt es also lediglich auf die wirkliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses an. [15]

III. Die Schlüssigkeitsprüfung im Zulässigkeitsstadium bei Amtshaftungsklagen

Eine andere Auffassung hat das Reichsgericht jedoch bei Amtshaftungsklagen vertreten. Hier kommt es nach der Rechtswegordnung nicht auf die Natur des Rechtsverhältnisses an, hier ist vielmehr ein bestimmter Anspruch ohne Rücksicht auf die Natur des bei der Amtshandlung in Betracht kommenden Rechts-

---

13) Urteil vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (315), vgl. auch Urteil vom 11.4.1935, RGZ 147, 253 (255).

14) Urteil vom 8.7.1953, BGHZ 10, 164 (165).

15) Vgl. oben S. 115 Fußnote 4.

verhältnisses den ordentlichen Gerichten zugewiesen. [16] Deshalb kann hier auch nicht auf die Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses abgestellt werden. [17] Das Reichsgericht hat hier zutreffend gefordert, daß das tatsächliche Klagevorbringen die Möglichkeit eines vor den ordentlichen Gerichten verfolgbaren Anspruchs erkennen lassen müsse. [18] Dazu genügt es nicht, daß der Kläger geltend macht, die beanstandete Verwaltungsmaßnahme verstoße objektiv gegen das Recht. Der vom Kläger behauptete Tatbestand muß vielmehr "ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten eines beteiligten Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt klar erkennen" lassen. [19] Diese Anforderung ist geboten, um Versuchen entgegenzutreten, die Frage der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandlungen unter dem Deckmantel schuldhafter Amtspflichtverletzung zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte zu bringen. [20]

---

16) Vgl. z.B. RG, Urteil vom 27.1.1939, RGZ 159, 247 (248 f.). Vgl. auch § 40 VwGO, der von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten einerseits (Abs. 1) und bestimmten Ansprüchen andererseits (Abs. 2) spricht.

17) Vgl. dazu Tiedau, JR 1951, 518 f.

18) Urteil vom 22.12. 1933, RGZ 143, 84 (87 f.), vom 10.7. 1934, RGZ 145, 137 (141), vom 22.10.1934, RGZ 145, 369 (374), vom 3.3.1937, RGZ 154, 144 (152), vom 12.3.1937, RGZ 154, 167 (181), vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (315). Vgl. auch OGH, Urteil vom 5.11.1948, OGHZ 1, 272 (275).

19) RG, Urteil vom 4.2.1938, RGZ 157, 197 (200); ebenso RG, Urteil vom 21.12.1934, RGZ 146, 257 (260), vom 12.3.1937, RGZ 154, 167 (181), vom 27.1.1939, RGZ 159, 247 (249). Zustimmend Tiedau, JR 1951, 519.

20) RG, Urteil vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (315); vgl. weiter RG, Urteil vom 21.12.1934, RGZ 146, 257 (260), vom 4.2. 1938, RGZ 157, 197 (200), vom 27.1.1939, RGZ 159, 247 (249), vom 26.4.1940, RGZ 164, 15 (25), vom 12.11.1941, RGZ 168, 129 (134) und 143 (163). BGH, Urteil vom 27.4. 1954, BGHZ 13, 145 (152).

Allerdings ist auch im Bereich der Amtshaftungsklagen daran festzuhalten, daß im Zulässigkeitsstadium eine Prüfung der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Behauptungen noch nicht vorgenommen werden darf; die Prüfung der Schlüssigkeit der Klage ist auch hier ausschließlich eine Frage der materiellen Sachentscheidung. [21] Die Rechtslage ist hier ähnlich wie bei der oben erörterten Zuständigkeitsprüfung im besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung. Die im Zusammenhang mit der Amtshaftungsklage gebrachten Formulierungen sind mitunter zu weitgehend. Oft weisen sie auf eine Prüfung der Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Behauptungen hin. So, wenn das Reichsgericht ausführt, es sei darauf abzustellen, "ob der Klagevortrag, seine Richtigkeit unterstellt, die schlüssige Darlegung eines Sachverhalts enthält, der die sämtlichen Merkmale des in § 839 BGB erforderten Tatbestandes ergibt" [22] oder wenn der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone sagt: "Für Klagen aus Amtspflichtverletzung ist der ordentliche Rechtsweg offen, wenn der Vortrag der Kläger als richtig unterstellt einen Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB rechtfertigen würde." [23] In diese Richtung kann es auch deuten, wenn das Reichsgericht in dem zitierten Urteil, nachdem es die von ihm geforderten Merkmale als vorliegend und damit den Rechtsweg als zulässig dargetan ansieht, in unmittelbarem Anschluß an diese Feststellung erklärt, die Vordergerichte hätten die vom Kläger schlüssig behauptete Amtspflichtverletzung auch in tatsächlicher Beziehung festgestellt. [24] Auch die vom Reichsgericht im Zulässigkeitsstreit

---

21) Darauf weist Tiedau, JR 1951, 519 zutreffend hin.

22) Urteil vom 12.11.1941, RGZ 168, 143 (163), vgl. auch das Urteil vom gleichen Tage in RGZ 168, 129 (134).

23) Urteil vom 5.11.1948, OGHZ 1, 272 (274 f.); gegen diese Formulierung wendet sich auch Tiedau, JR 1951, 519.

24) RGZ 168, 143 (170).

gebrauchte Wendung: "Die Schlüssigkeit der Klagebegründung setzt wegen des äußeren Tatbestandes voraus ... " [25] spricht für eine zu weitgehende rechtliche Prüfung. Im letzteren Fall hatte ein Arzt wegen der Anordnung der beklagten Reichsärztekammer, nach der deren Privatärztliche Verrechnungsstelle auch für Ärzte, die dieser nicht beigetreten waren, tätig werden und einen Verwaltungskostenbeitrag erheben konnte, Schadensersatzklage erhoben; die vom Kläger bestrittene Befugnis der Beklagten zum Erlaß dieser Anordnung hat das Reichsgericht hier im Zulässigkeitsstreit geprüft und bejaht, die Klage demzufolge als unzulässig abgewiesen.

Demgegenüber ist jedoch daran festzuhalten, daß im Rechtswegstreit bei Amtshaftungsklagen lediglich die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit des Staates oder der öffentlichen Körperschaft verlangt werden kann. Die erforderliche "Schlüssigkeit" kann hier allein die Qualifikationsschlüssigkeit, nicht die Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen sein. Zutreffend unterscheidet daher das Reichsgericht im Urteil vom 30. 10. 1941 [26] die Frage, ob die aufgestellten tatsächlichen Behauptungen den erhobenen Anspruch zu rechtfertigen vermögen, von der, ob sie wenigstens die Möglichkeit hierfür ersehen lassen; nur letzteres läßt es für die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidend sein und spricht in diesem Zusammenhang lediglich von einer "gewissen Nachprüfung des tatsächlichen Vorbringens des Klägers auf seine rechtliche Schlüssigkeit". Dem entspricht es, wenn das Reichsgericht für die Zulässigkeit der Amtshaftungsklage von Ärzten gegen die Kassenärztliche Vereinigung, die sie für eine bestimmte Zeit von der gesamten kassenärztlichen Tätigkeit ausgeschlossen hatte, die Behauptung der Kläger genügen ließ, die Beklagte sei wegen der sachlichen Begrenzung ihrer Zuständig-

---

25) RGZ 168, 129 (134).
26) RGZ 167, 312 (315).

keit zum Einschreiten gegen sie überhaupt nicht befugt gewesen; die rechtliche Prüfung, ob die Beklagte nach deren Satzung die Zuständigkeit für ihre Maßregelungen besaß, hat es hingegen erst im Stadium der Sachprüfung vorgenommen. [27]

IV. Zur Frage der Berücksichtigung der Einlassung des Beklagten bei der Rechtswegprüfung

a) Die Frage, ob und inwieweit bereits bei der Zulässigkeitsprüfung das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen ist, spielt nicht nur bei der Rechtswegprüfung, sondern auch bei der Zuständigkeitsprüfung eine Rolle. Gerade bei der Rechtswegprüfung ist sie jedoch immer wieder erörtert worden. Die häufigen Meinungsäußerungen in Literatur und Rechtsprechung fordern deshalb an dieser Stelle eine eingehendere Stellungnahme.

Klarzustellen ist von vornherein - insbesondere auch im Hinblick auf die Ausführungen von Böttticher [28] und Rupp [29] -, daß es sich bei der hier zu erörternden Frage nicht etwa um eine Beweis-, sondern um eine Schlüssigkeitsfrage handelt. Befürwortet man die Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens im Zulässigkeitsstreit, so ist damit noch nicht etwa

---

27) Urteile vom 26.4.1940, RGZ 164, 15 und 32; im ersteren Urteil hat das Reichsgericht die Zuständigkeit aus rechtlichen Gründen bejaht, im letzteren verneint. Vgl. auch die Wendung im erstgenannten Urteil, S. 30 f., im Stadium der Begründetheit, "daß die Anführungen des Klägers ... die Darlegung der Verletzung von Amtspflichten nicht ergeben" hätten.

28) ZZP 72, 59 f., MDR 1959, 791.

29) AöR 85, 168 f.

gesagt, daß in diesem Stadium auch Beweis zu erheben ist. [30] Meist liegt es in den Fällen der Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens durch das ordentliche Gericht so, daß die Tatsachenbehauptungen des Klägers lückenhaft sind und erst der Vortrag des Beklagten erkennen läßt, daß in Wahrheit eine öffentlichrechtliche Streitigkeit vorliegt. Klagt beispielsweise der Kläger wegen Verletzung seines Eigentums auf Unterlassung, so kann sich erst aus der Darstellung des Beklagten ergeben, daß die Rechtsverletzung auf einem hoheitlichen Eingriff beruht. Eine Beweisaufnahme ist dann nicht erforderlich, wenn der Kläger das Beklagtenvorbringen nicht bestreitet. Die Frage, ob das Beklagtenvorbringen im Zulässigkeitsstreit zu berücksichtigen ist, ist in diesem Fall also keine Beweis-, sondern eine Schlüssigkeitsfrage: da nach § 138 Abs. 3 ZPO nichtbestrittene Tatsachen als zugestanden anzusehen sind, ist das unbestrittene Vorbringen des Beklagten praktisch bei der Schlüssigkeit des Klägervorbringens zu prüfen. [31]

In der Rechtsprechung findet sich wiederholt die Ansicht, die Verteidigung des Beklagten habe bei der Rechtswegprüfung außer Betracht zu bleiben, maßgebend sei vielmehr allein das Vorbringen des Klägers. [32] Bötticher hat jedoch im Jahre 1950

---

30) Dies wird von Bötticher und Rupp nicht genügend unterschieden. Auch die von Rupp zitierte Stelle bei Schönke-Schröder-Niese, § 14 II 2, S. 89, spricht die Beweisfrage nicht an. Lediglich in der von Bötticher zitierten Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.2.1911, RGZ 75, 397 (398), wird die Beweisfrage berührt, dazu s. unten S. 141.

31) Vgl. Berg, JR 1951, 613 und Gutachten und Urteil, S. 31, 49, 58, 122; Brauer, NJW 1956, 741, Brauer-Schneider, S. 82.

32) RG, Urteil vom 21.12.1934, RGZ 146, 244 (246), vom 8.12. 1936, RGZ 153, 85 (87), vom 26.2.1938, RGZ 157, 106 (115); OGH, Urteil vom 27.5.1949, OGHZ 2, 58 (62), vom 2.6. 1950, NJW 1950, 784; BGH, Urteil vom 20.12.1951, BGHZ 4, 266 (267), vom 26.5.1955, BGHZ 17, 317 (320).

an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts nachgewiesen, daß dieses Gericht das Vorbringen des Beklagten bei der Zulässigkeitsprüfung durchaus herangezogen hat. [33] Die Fälle, in denen es auf die Frage, ob das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen war, ankam und in denen das Reichsgericht die Berücksichtigung dieses Vorbringens abgelehnt hat, waren nämlich so gelagert, daß der Beklagte eine öffentlichrechtliche Forderung zur Aufrechnung stellte. Daß aber ein solches selbständiges Forderungsrecht, das der Beurteilung der ordentlichen Gerichte entzogen ist, mit dem vom Kläger geltend gemachten Recht nichts zu tun hat, das Vorbringen des Beklagten insoweit bei der Rechtswegprüfung für den Klaganspruch nicht berücksichtigt werden darf, bedarf keiner weiteren Erörterung. Auf derartig gelagerte Fälle geht, wie Bötticher nachgewiesen hat, die Wendung späterer Urteile zurück, es komme auf die Verteidigung des Beklagten nicht an. Unmerklich ist also aus dem dem Beklagten zur Seite stehenden selbständigen Recht die Verteidigung des Beklagten schlechthin geworden. [34] Daß diese aber vom Reichsgericht sehr wohl bei der Zulässigkeitsprüfung in Betracht gezogen wurde, hat Bötticher an den in RGZ 77, 412 und 75, 398 abgedruckten Entscheidungen gezeigt. So hat das Reichsgericht in dem Urteil vom 21. 11. 1911 [35] in aller Deutlichkeit ausgesprochen: "Nun läßt sich keineswegs sagen, daß für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich nur das Klagevorbringen maßgebend sei. Es sind Fälle denkbar, in denen das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs außer Zweifel zu lassen scheint, und erst das Verteidigungsvorbringen der verklagten Partei ergibt, daß es sich in Wahrheit um einen der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterworfenen Anspruch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts handelt."

---

33) DVBl. 1950, 324.
34) Bötticher, a.a.O.
35) RGZ 77, 411 (412).

Ähnlich hat sich das Reichsgericht in den Urteilen vom 12. 6. 1900 [36], 12. 12. 1904 [37] und 13. 6. 1927 [38] ausgesprochen, in denen es auf den beiderseitigen Sachvortrag bzw. auf den materiellen, erst durch die Einlassung des Beklagten hervorgetretenen Inhalt des Streits abstellte.

b) Gegen Bötticher hat sich jedoch Tiedau [39] gewendet. Tiedau räumt ein, daß sich einige Urteile des Reichsgerichts für die Auffassung, der Einlassung des Beklagten sei auch für den Rechtsweg Bedeutung zuzumessen, anführen lassen; er erkennt auch an, daß einige Urteile dem Vortrag nur insoweit keine Bedeutung beimessen, als der Beklagte dem klägerischen Anspruch mit der Aufrechnung mit einer Forderung aus dem öffentlichen Recht entgegentritt. Er meint jedoch, das Reichsgericht habe auch einen gegenteiligen Standpunkt vertreten. Hierfür beruft er sich auf die in RGZ Bd. 84 S. 87, 100 S. 220, 106 S. 150 und 146 S. 246 abgedruckten Urteile. Der Standpunkt des Reichsgerichts sei daher als uneinheitlich zu bezeichnen. [40] Es soll daher im folgenden an Hand der zitierten Urteile untersucht werden, ob diese - bisher unwidersprochen gebliebene [41] - Behauptung zutreffend ist.

1. Im Urteil vom 26. 1. 1914 (RGZ 84, 86) hatte das Reichsgericht über eine Schadensersatzklage zu entscheiden. Der Kläger war auf einer Fahrt mit seinem Wagen von der Straße abgekommen und in den Rhein-Marne-Kanal geraten. Er verlangte deshalb vom Landesfiskus den Ersatz des dabei erlittenen Sach-

---

36) Gruchot 45, 1170 (1172).

37) JW 1905, 72.

38) RGZ 117, 235 (236). Vgl. auch BayGH f. Kompetenzkonflikte, Urteil vom 6.2.1924, BayObLG 23, 257 (259).

39) ZZP 64, 210 ff. und 425 ff.

40) ZZP 64, 210.

41) Vgl. z.B. Lerche, Anm. 113, S. 140 und Jesch, S. 32 Fußnote 5.

schadens, weil die Wasserbauverwaltung öffentliche Anlagen mangelhaft unterhalten habe. Als Eigentümerin des Kanals hätte sie - nach Ansicht des Klägers - bei der Nähe der öffentlichen Straße ein Geländer anbringen müssen. Der Beklagte hielt den Rechtsweg für unzulässig. Das Reichsgericht verwarf diese Ansicht des Beklagten und nahm das Vorliegen eines bürgerlichen Rechtsstreits im Sinne des § 13 GVG an. In dieser Hinsicht sei maßgebend das Klagevorbringen, das insoweit als richtig zu unterstellen sei. [42] Der Klaganspruch gründe sich nicht auf ein durch die Unterwerfung unter die öffentliche Gewalt ausgestaltetes Rechtsverhältnis, da der Kläger dem Beklagten nicht anders als einer Privatperson gegenübergestanden habe. Der Klaganspruch betreffe vielmehr allein die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, einer im Privatrecht begründeten Rechtspflicht. [43]

Davon, daß die Verteidigung des Beklagten bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs unbeachtlich sei, ist in der Entscheidung nicht ausdrücklich die Rede. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit das Vorbringen des Beklagten auf einen anderen Rechtsweg hinweisen sollte. In Betracht käme hier nur die Auffassung des Beklagten, daß die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nicht privatrechtliche, sondern öffentlichrechtliche Ansprüche erzeuge. Es würde sich dann also lediglich um eine andere rechtliche Qualifizierung des Klagan - spruchs handeln. Eine solche Rechtsansicht des Beklagten kann jedoch nicht anders als die des Klägers behandelt werden: hält man die Rechtsansicht des Klägers für unbeachtlich - und das tut auch Tiedau [44] -, so kann für die Rechtsansicht des Beklagten nichts anderes gelten. Es zeigt sich also, daß die Entscheidung des Reichsgerichts nicht nur nicht ausspricht,

---

42) RGZ 84, 87.
43) A.a.O. S. 87 f.
44) ZZP 64, 418.

das Verteidigungsvorbringen des Beklagten sei unbeachtlich, sondern daß sie auch einen anderen, nicht einschlägigen Fall betrifft: in Betracht kam hier nicht das tatsächliche, sondern das rechtliche Vorbringen des Beklagten.

2. Im Fall des Urteils des Reichsgerichts vom 15. 11. 1920 (RGZ 100, 219) hatte die Polizeibehörde bei einem Gastwirt Lebensmittel beschlagnahmt und an die beklagte Stadtgemeinde abgeführt, die die beschlagnahmten Lebensmittel an die Bevölkerung verteilte. Die Kläger - die Eigentümer der beschlagnahmten Gegenstände - hielten sowohl die Beschlagnahme als auch die Verteilung für widerrechtlich. Sie verlangten mit der Klage die Herausgabe der noch vorhandenen und den Wertersatz für die verteilten Waren; die Vertreter der Beklagten hätten gewußt, daß es sich um eine polizeiliche Beschlagnahme gehandelt habe, die nur zur Sicherstellung, nicht aber zur Verwertung und Verteilung hätte führen dürfen. Die Beklagte hielt den Rechtsweg für unzulässig, weil die polizeiliche Verfügung mit der Beschlagnahme nicht beendet gewesen sei, in Wahrheit also ein Streit über die Rechtmäßigkeit einer ergangenen polizeilichen Verfügung vorläge.

Das Reichsgericht hat die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht. Es verweist für die Auffassung, für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs sei das tatsächliche Vorbringen der Klage maßgebend und als richtig zu unterstellen, auf RGZ Bd. 84 S. 87. Zu prüfen sei lediglich, ob nach Maßgabe dieses Vorbringens die rechtliche Natur des erhobenen Anspruchs als bürgerliche Rechtsstreitigkeit erscheine. [45] Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß der Ton allein auf der rechtlichen Prüfung liegt; daß das tatsächliche Vorbringen des Beklagten nicht zu berücksichtigen sei, wird auch hier nicht ausdrücklich ausgesprochen. Auch in dieser Entscheidung ging es lediglich um die

---

45) RGZ 100, 219.

Auseinandersetzung mit den Rechtsansichten der Parteien. Das Reichsgericht verwarf die Auffassung der Beklagten, daß die polizeiliche Verfügung mit der Beschlagnahme nicht beendet gewesen sei; [46] es führte demgegenüber aus, Beschlagnahme bedeute nach allen in Betracht kommenden Bestimmungen nur ein durch behördlichen Zwang erfolgendes Ingewahrsamnehmen von Gegenständen zwecks Sicherstellung, das privatrechtliche Obhutspflichten des Staates zur Folge habe. Wenn es nach Auseinandersetzung mit der irrigen Rechtsauffassung der Beklagten meint: "Damit erweist sich die Einwendung der Beklagten als hinfällig" [47], so könnte man im Gegenteil hier gerade einen Hinweis auf das Eingehen auf die Verteidigung der Beklagten erblicken; allerdings betrifft dieses Eingehen auf die Verteidigung nicht das hier interessierende tatsächliche, sondern allein das rechtliche Vorbringen. Für dieses gilt auf jeden Fall das gleiche wie für das Klägervorbringen: das Gericht ist zwar nicht daran gebunden, läßt es jedoch auch nicht unberücksichtigt. Der Satz, daß nicht die Rechtsansicht des Klägers, sondern die objektiv zutreffende, vom Gericht zu ermittelnde Rechtsansicht maßgebend ist, führt - wie bereits an anderer Stelle gezeigt - dazu, daß sich das Gericht den rechtlichen Erwägungen des Beklagten, die ja vielleicht auf den richtigen Weg führen können, nicht verschließen kann. [48]

3. Auch das Urteil des Reichsgerichts vom 20. 1. 1923 (RGZ 106, 149) stützt Tiedaus Auffassung nicht. Zwar wird hier gesagt, für die Frage, ob eine Klage vor den ordentlichen Richter gehöre, seien der Aufbau und der Antrag der Klage maßgebend. [49] Zur Frage, wieweit die Verteidigung des Beklagten zu berücksichtigen sei, nimmt das Reichsgericht hier aber eben-

---

46) A.a.O. S. 220 ff.
47) A.a.O. S. 222.
48) Vgl. oben S. 68.
49) RGZ 106, 150.

falls nicht Stellung. Denn die Einwendungen des Beklagten bestanden auch hier wieder nur in - vom Reichsgericht als irrig abgelehnten - rechtlichen Erwägungen.

4. Das Urteil des Reichsgerichts vom 21. 12. 1934 (RGZ 146, 244) spricht demgegenüber allerdings ausdrücklich aus, daß für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs das tatsächliche Klagevorbringen maßgebend sei und die Verteidigung des Beklagten außer Betracht zu bleiben habe. [50] Es schränkt diesen Grundsatz jedoch sogleich beachtlich ein: er könne nur dann gelten, wenn der Rechtsweg bereits zur Zeit der Klagerhebung unzulässig gewesen sei, wenn sich also die ordentlichen Gerichte mit einer sachlichen Erörterung des Rechtsstreits gar nicht hätten befassen dürfen und deshalb auch ein Verteidigungsvorbringen des Beklagten nicht hätten beachten und würdigen können. Wenn es jedoch darum gehe, ob eine Rechtsstreitigkeit, für die der Rechtsweg zur Zeit der Klagerhebung ohne Zweifel gegeben gewesen, im Laufe des Rechtsstreits dem Rechtsweg entzogen worden sei, dann sei bei der Frage, ob der bisher zulässige Rechtsweg weiterhin zulässig sei, der Sachverhalt so zugrunde zu legen, wie er sich dem Richter nach dem bisher zulässigen Verfahren zu der Zeit darstellte, zu der er über die Frage der weiteren Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden habe; demgemäß sei nicht nur das Klagevorbringen für sich allein, sondern auch der sich aus der Einlassung des Beklagten und einer etwaigen Erwiderung des Klägers ergebende Sach- und Streitstand zu beachten. [51] Da das Reichsgericht darüber zu entscheiden hatte, ob der Rechtsweg auch weiterhin zulässig war, hatte es also letztlich die Einlassung des Beklagten zu berücksichtigen.

5. Es zeigt sich also, daß die von Tiedau gebrachten Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht geeignet sind,

---

50) RGZ 146, 246.
51) A.a.O.

die Ansicht zu erschüttern, die Einlassung des Beklagten sei zu berücksichtigen. Während es bei den drei früheren Urteilen überhaupt nicht um die Berücksichtigung des - tatsächlichen - Beklagtenvorbringens ging, sondern lediglich um die Rechtsansichten des Beklagten, hat das Reichsgericht im letztgenannten Urteil die Einlassung des Beklagten berücksichtigt; sein einleitender Ausspruch, die Verteidigung des Beklagten habe außer Betracht zu bleiben, hatte für das Ergebnis der Entscheidung keine Bedeutung.

c) Es dürfte heute nicht mehr zweifelhaft sein, daß das Reichsgericht die Einlassung des Beklagten berücksichtigt hat, wenn es darauf ankam. [52] Wie eingangs erwähnt, umfaßt die Prüfung der Schlüssigkeit der Klage auch das (unbestrittene) Vorbringen des Beklagten. Mit Recht steht denn auch die heute herrschende Lehre auf dem Standpunkt, daß bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs auch das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen ist. [53] Lediglich die Geltendmachung selbständiger Gegenrechte durch den Beklagten, etwa durch Widerklage, Aufrechnung oder Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht findet bei der Rechtswegprüfung für den klägerischen Anspruch keine Berücksichtigung. [54] Wenn sich demgegenüber noch in Urteilen

---

52) Vgl. oben Fußnoten 35 bis 38.

53) Bötticher, DVBl. 1950, 324, ZZP 72, 59 f., MDR 1959, 791, JZ 1962, 317; Baumbach-Lauterbach, § 13 GVG Anm. 4 A; Lent-Jauernig, § 3 II 3, S. 7; Lerche, S. 40, 57, JZ 1953, 214; Rosenberg, § 11 II 3 a, S. 39 f.; Schönke-Schröder-Niese, § 14 II 2, S. 89; Staudinger-Berg, 12 vor § 985; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 1 IV 1 b; Wieczorek, § 13 GVG Anm. J II b, insbes. 3; Zöller, § 13 GVG Anm. 10. Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 1; Forsthoff, § 6, 2, S. 104; Mang-Vocke, S. 142; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 40 Anm. I; Maunz-Schraft, C 6, § 51 SGG Anm. I 3 a. Anders noch Turegg-Kraus, 20. Kap. 3 b a.E., S. 328. Wenn von einzelnen Autoren noch angenommen wird, die herrschende Meinung stehe auf einem anderen Standpunkt (Lent-Jauernig, Schönke-Schröder-Niese, a.a.O.), so trifft das heute nicht mehr zu.

54) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 b vor § 1; Wieczorek, § 13 GVG Anm. J II b.

des Bundesgerichtshofs die Auffassung vertreten findet, es komme auf die Verteidigung des Beklagten bei der Rechtswegprüfung nicht an, [55] so handelt es sich um ein bloßes obiter dictum, das ebenso wie in entsprechenden Urteilen des Reichsgerichts und des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone [56] in den entschiedenen Fällen keine Bedeutung hatte. In anderen Urteilen hat auch der Bundesgerichtshof ausgesprochen, die Einlassung des Beklagten sei bei der Rechtswegprüfung zu berücksichtigen. [57]

Zur Begründung der Zulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten ist nach alledem erforderlich, daß sich aus dem unstreitigen Sachverhalt und dem als richtig unterstellten Vortrag des Klägers die wahre Natur des geltend gemachten Anspruchs als eines bürgerlichrechtlichen ergibt. [58] Entsprechendes hat für die übrigen Gerichtszweige zu gelten. Ob dies auch ausreichend ist, um den Rechtsweg zu begründen, soll im folgenden erörtert werden.

C. Beweiserhebung

I. Der Meinungsstand

Nach ganz herrschender Meinung soll - wie bereits erwähnt - das tatsächliche Klagevorbringen im Zulässigkeitsstreit nicht auf seine Richtigkeit geprüft werden; entscheidend für die Begründung der Zulässigkeit des Rechtswegs soll also die Na-

---

55) Urteil vom 20.12.1951, BGHZ 4, 266 (267), vom 26.5.1955, BGHZ 17, 317 (320).

56) Vgl. die in Fußnote 32 zitierten Entscheidungen.

57) Urteil vom 10.12.1952, LM Nr. 16 zu § 13 GVG, vom 13.7.1954, BGHZ 14, 294 (298); allerdings war diese Frage auch hier nicht von entscheidender Bedeutung.

58) Zutreffend Schrödter, S. 11; vgl. auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 b a.E. vor § 1.

tur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht aber die Natur des wirklichen Rechtsverhältnisses sein. [59] Nur ganz vereinzelt wird die von der herrschenden Meinung zur Zuständigkeitsprüfung entwickelte Formel verwendet. So spricht das diese Formel gebrauchende Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 8. 1961 [60] unter Berufung auf ein Urteil des Reichsgerichts vom 20. 9. 1921 [61] aus, für die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs gälten sinngemäß die gleichen Grundsätze, wie sie für die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte entwickelt worden seien; das Reichsgericht bezieht sich in dem zitierten Urteil ausdrücklich auf die grundlegende Entscheidung vom 11. 3. 1892. [62] In der Literatur hat sich Rupp [63] für die Verwendung der Formel der Zuständigkeitsprüfung auch für die Rechtswegprüfung ausgesprochen; aus der Anwendung dieser Formel folgert er, es sei im Rechtswegstreit in jedem Fall Beweis zu erheben, ob ein bürgerlichrechtliches oder ein öffentlichrechtliches Verhältnis vorliege. [64] Zum gleichen Ergebnis wie Rupp kommt auch Böttcher, [65] der - entsprechend seiner zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit vertretenen Meinung - eine Beweiserhebung bereits im Zulässigkeitsstreit verlangt. Genau wie vor dem Arbeitsgericht die Zuständigkeitsvoraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft, so müsse hier der bürgerlichrechtliche Charakter des wahren Streitpunktes nachgewiesen werden, ehe das

---

59) Vgl. oben S. 113 ff. mit Fußnoten 3 und 4.

60) BAG 11, 259 (261) = AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung = NJW 1961, 2177 = JZ 1962, 316.

61) RGZ 103, 18 (19).

62) RGZ 29, 371.

63) AöR 85, 165 ff.

64) Diese Ansicht findet eine Parallele in der bei der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Arbeits- und ordentlichen Gerichten von Dietz (vgl. oben S. 71 Fußnote 34) vertretenen Auffassung.

65) ZZP 72, 60.

Gericht zur Sache entscheiden dürfe. Berufe sich etwa der mit einer Eigentumsstörungsklage belangte Beklagte darauf, er sei in Betätigung öffentlicher Gewalt zur "Störung" berechtigt, so sei die Klage als unzulässig und nicht etwa als unbegründet abzuweisen. [66)]

II. Kritik

Während nach herrschender Meinung das Arbeitsgericht über die Frage, ob das Rechtsverhältnis arbeitsrechtlicher oder sonstiger bürgerlichrechtlicher Natur ist, bereits im Zuständigkeitsstreit Beweis erheben kann, soll die Frage, ob das Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher und nicht bürgerlichrechtlicher Natur ist, erst im Begründetheitsstadium entschieden werden. Eine von der Zuständigkeitsprüfung abweichende Behandlung der Zulässigkeitsprüfung ist jedoch, wie eingangs bereits gesagt, nicht einzusehen. Deshalb können auch für die Zulässigkeit des Rechtswegs die klägerischen Behauptungen nicht genügen; entscheidend ist vielmehr die wirkliche Sachlage. Dies hat für den Regelfall zu gelten, in dem die

---

66) Vgl. auch Lerche, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 40 und 57 und JZ 1953, 213 f., DVBl. 1955, 283 f., der den Begriff "Streitsache" = Rechtsstreitigkeit von dem des Streitgegenstandes trennt und für ersteren im Gegensatz zum Streitgegenstand das gesamte Streitverhältnis, nicht nur das der Klagebehauptung zugrunde liegende Rechtsverhältnis von Bedeutung sein läßt. Der Gegensatz zwischen den beiden Instituten sei der zwischen Statik (Streitgegenstand) und Dynamik (Streitsache). Während der sich auf das Klagvorbringen beschränkende Streitgegenstand für die Rechtshängigkeit, die Rechtskraft, die Klageänderung, die objektive und subjektive Klagenhäufung von Bedeutung sei (S. 57, vgl. jedoch auch JZ 53, 214, Fußnote 25 hinsichtlich der Rechtskraft), sei die Streitsache für die Rechtswegfrage maßgebend. Die Beweisproblematik wird aber von Lerche nicht ausdrücklich angesprochen.

Streitigkeit nur entweder öffentlichrechtlicher oder bürgerlichrechtlicher Natur ist. Zutreffend hat Rupp [67] darauf hingewiesen, daß die Beantwortung der Frage, ob eine Streitigkeit öffentlichrechtlicher oder bürgerlichrechtlicher Natur sei, nicht damit identisch sei, ob der geltend gemachte Anspruch bestehe oder nicht bestehe. So sei ein Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme nicht schon dann unbegründet, wenn sich herausstelle, daß er jedenfalls nicht dem öffentlichen Recht angehöre. Allerdings ist die auch von ihm entgegen der herrschenden Meinung geforderte Beweiserhebung über das wirkliche Rechtsverhältnis nicht stets aus der für die Zuständigkeitsprüfung entwickelten Formel herzuleiten, [68] wie bei der Erörterung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeitsprüfung im einzelnen gezeigt wurde; die Beweiserhebung hat sich vielmehr auch auf Fälle zu erstrecken, die von dieser Formel nicht erfaßt werden.

Die Tatsache, daß man die Formel der Zuständigkeitsprüfung bei der Rechtswegprüfung bis auf die vereinzelten Ausnahmen nicht verwendet hat, liegt offensichtlich darin begründet, daß man einen Widerspruch zwischen den zur Rechtsweg- und zur Zuständigkeitsprüfung entwickelten Grundsätzen nicht empfunden hat, weil man davon ausging, die Frage, ob der wirkliche, erwiesene Sachverhalt dem bürgerlichen oder öffentlichen Recht angehöre, betreffe immer die materielle Begründetheit der Klage selbst. Das zeigt anschaulich die Darstellung der Zuständigkeits- und Rechtswegprüfung bei Lüke, [69] der zunächst die Formel der Zuständigkeitsprüfung an Hand der örtlichen Zustän-

---

67) AöR 85, 166.

68) Anders offensichtlich Rupp, AöR 85, 166 f., der hierbei aber nicht genügend die Fälle berücksichtigt, in denen der Klaganspruch nur aus einem Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann, weil er mit seiner Qualifizierung "steht und fällt". Im Ergebnis ist seiner Auffassung jedoch zu folgen.

69) AöR 84, 191 f.

digkeit erörtert, im Anschluß daran feststellt, die Situation bei der Zulässigkeit des Zivilrechtswegs sei ganz ähnlich und dann die hierzu entwickelten Formeln der Rechtsprechung wiedergibt. Bei der Behandlung der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist jedoch gezeigt worden, daß es Fälle gibt, in denen die rechtliche Qualifikation lediglich die Zuständigkeit berührt. Diese Fälle zeigen deutlich den Widerspruch zwischen den zur Zuständigkeits- und zur Rechtswegprüfung entwickelten Formeln. Denn nach der bei der Zuständigkeitsprüfung herrschenden Formel muß in einem derartigen Fall im Zulässigkeitsstadium Beweis erhoben werden, während sich die herrschende Meinung nach den zur Rechtswegprüfung entwickelten Grundsätzen mit der Behauptung begnügen muß. [70]

Wenn das Reichsgericht, auf dessen ständiger Rechtsprechung die herrschende Meinung beruht, trotz allem annahm, es genüge stets die Behauptung, so mag der Gedanke eine Rolle gespielt haben, daß es in jener Zeit nicht mehrere Gerichtsbarkeiten gegeben hat, die über den alternativen Klaganspruch entscheiden konnten, weil der Verwaltungsrechtsschutz noch nicht ausgebaut war. Hätte das Zivilgericht auf Grund einer Beweisaufnahme den Rechtsweg für unzulässig erklärt, so wäre praktisch ein anderer Rechtsweg überhaupt nicht gegeben gewesen. Ebenso, wie die Unzuständigkeitserklärung eines Gerichts bedeutet, daß ein anderes Gericht zuständig ist, muß aber das Gericht auch bei seiner Unzulässigkeitserklärung davon ausgehen, daß ein anderer Rechtsweg gegeben wäre. [71] Sollte dieser Gedanke bei der stereotypen Wendung, daß allein der Tatsachenvortrag ohne Rücksicht auf seine Richtigkeit und Erweislichkeit maßgebend sei, motivierend gewesen sein, so hätte er bei dem heutigen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit seine Berechtigung verloren. Heute ist die Rechtsschutzsituation die

---

70) Diesen Widerspruch hat Rupp, AöR 85, 165 ff., zutreffend hervorgehoben.

71) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 17 GVG Anm. 2 B a.

gleiche, einerlei ob es sich um einen bürgerlichrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Klagegrund handelt.

III. Untersuchung der Rechtsprechung

a) Ist für eine unterschiedliche Behandlung der Rechtsweg- und Zuständigkeitsprüfung - jedenfalls bei der gegenwärtigen Rechtsschutzsituation - kein Grund erkennbar, so mag es doch aufschlußreich sein, sich der umfangreichen Rechtsprechung zuzuwenden, auf der die herrschende Meinung fußt. In einer Fülle von Entscheidungen hat diese Rechtsprechung in der Tat immer wieder ausgesprochen, für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs sei das Klagevorbringen ohne Rücksicht auf seine Richtigkeit und Erweislichkeit maßgebend. [72] Untersucht man jedoch die Entscheidungen, die eine Behauptung genügen lassen, einmal näher, so zeigt sich, daß es in der Mehrzahl der Fälle auf die Beweisfrage überhaupt nicht ankam. Sehr oft wurde nämlich der Rechtsweg bereits aus rechtlichen Gründen für unzulässig gehalten. [73] Oft war der Ausspruch, das Klagevorbringen sei als richtig zu unterstellen, nur eine Umschreibung für die Prüfung der Schlüssigkeit. Jedenfalls ist auch in der Mehrzahl der Fälle, in denen der Rechtsweg bejaht wurde, nicht ersichtlich, daß es sich um eine Beweisfrage handelte, vielmehr ging es auch hier nur um eine rechtliche Prüfung des Parteivorbringens. [74]

---

72) Vgl. dazu die in den folgenden Anmerkungen zitierten Entscheidungen.

73) RG, Urteil vom 16.6.1922, RGZ 105, 38 (39), vom 30.6.1930, RGZ 129, 287 (288 f.), vom 21.11.1930, RGZ 130, 268 (270), vom 27.4.1934, RGZ 144, 253 (254 f.), vom 21.12.1934, RGZ 146, 257 (261), vom 31.1.1936, RGZ 150, 174 (176), vom 30.10.1941, RGZ 167, 312 (314 f.).
BGH, Urteil vom 26.5.1955, Kayser-Leiss, Nr. 2727, vom 27.5.1957, BGHZ 24, 302 (305), vom 19.1.1959, BGHZ 29, 187 (188 f.), vom 28.10.1959, BGHZ 31, 115 (121), vom 9.3.1961, BGHZ 34, 349 (353), vom 16.4.1962, LM Nr. 84 zu § 13 GVG.

74) RG, Urteil vom 24.1.1908, RGZ 69, 50 (51), vom 26.1.1914, RGZ 84, 86 (87), vom 14.11. 1917, RGZ 91, 148 (149), vom

Die Beweisfrage wurde in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die immer wieder zur Stützung der herrschenden Meinung herangezogen wird, tatsächlich in nur sehr wenigen Fällen angesprochen, und in noch weniger Fällen kam es im Ergebnis tatsächlich auf diese Frage an.

Einen derartigen Fall hat das Reichsgericht am 21. 11. 1919[75] entschieden. Hier waren der Klägerin, der Besitzerin eines landwirtschaftlichen Gutes, auf Anordnung des Landrats drei Kühe weggenommen worden. Sie verlangte von den Beklagten - preußischer Staat und Kreiskommunalverband - Ersatz des Wertes der Kühe mit der Behauptung, es habe sich um eine ungesetzliche Maßnahme gehandelt, durch die sie wegen ungenügender Butterlieferung bestraft werden sollte. Die Beklagten wandten demgegenüber ein, es habe sich um eine Maßnahme der Fleischversorgung gehandelt, über die nach den damals geltenden Bestimmungen die ordentlichen Gerichte nicht zu entscheiden hatten. Streitig war also unter den Parteien, ob es sich bei der Wegnahme der Kühe um eine - unzulässige - Maßnahme der Fettversorgung, für die der Rechtsweg zulässig war, oder um eine solche der Fleischversorgung handelte, für die der Rechtsweg unzulässig war. Hier kam es also auf die vom Reichsgericht in den Begründetheitsstreit verwiesene Beweisfrage an.[76]

15.11.1920, RGZ 100, 219, vom 14.11.1936, RGZ 153, 1 (4), vom 2.10.1941, RGZ 167, 281 (284).
BGH, Urteil vom 5.2.1951, LM Nr. 1 zu § 13 GVG, vom 20.12.1951, BGHZ 4, 266 (267), vom 19.2.1953, BGHZ 9, 65 (66), vom 26.5.1955, BGHZ 17, 314 (320), vom 13.6.1956, LM Nr. 48 zu § 13 GVG, vom 17.10.1960, LM Nr. 66 zu § 13 GVG.

75) RGZ 97, 179.

76) Vgl. RGZ 97, 180 f. Das Reichsgericht führt auf S. 181 ausdrücklich aus, die Klägerin habe an ihrer Darstellung auch später festgehalten und gegenüber dem Hinweis der Beklagten über die Fleischversorgung bestritten, daß die Kühe im Interesse der Fleischversorgung weggenommen worden seien. Hätte sie das nicht getan, so hätte es sich um einen der oben S. 122 ff. erörterten Fälle gehandelt, in denen das Beklagtenvorbringen bei der Schlüssigkeitsprü-

Ähnliche Feststellungen wie für die umfangreiche Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte lassen sich auch für die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung treffen. So ging es auch im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. 10. 1958 [77], in dem ausgeführt wird, nur das tatsächliche Vorbringen des Klägers sei in dem die Frage des Verwaltungsrechtswegs betreffenden Verfahren als richtig zu unterstellen, nicht um die Beweisfrage. [78] Die Beweisfrage war hingegen im Urteil vom 15. 2. 1961 [79] von Bedeutung; dieses Urteil geht ebenso wie die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der beschränkten Rechtskraftwirkung der Sachurteile aus und verlegt deshalb die Beweisfrage in die Sachprüfung. [80] Das gleiche gilt für das hieran anknüpfende Urteil vom 15. 9. 1965. [81]

---

fung des Klagvorbringens zu berücksichtigen ist und sich die wahre Natur der Klage erst aus diesem - unbestrittenen - Vorbringen ergibt. Wegen des - ausdrücklich hervorgehobenen - Bestreitens seitens der Klägerin handelt es sich jedoch um einen Beweisfall.-
Der am 11.10.1929 - RGZ 125, 396 (399) - entschiedene Fall, in dem es ebenfalls um die Beweisfrage ging, war hingegen kein Fall des "aut-aut", sondern ein Fall des "et-et". Konnte im oben erörterten Fall nur eine Maßnahme der Fleisch- o d e r Fettversorgung vorliegen, so nahm das Reichsgericht hier an, daß ein privatrechtlicher n e b e n einem öffentlichrechtlichen Anspruch bestehen konnte. Es handelte sich hier um die Klage einer Stadtgemeinde gegen die Reichsbahn auf Ausführung von Wegeanlagen, zu der sich die Beklagte nach der Behauptung der Klägerin privatrechtlich verpflichtet hatte.

77) BVerwGE 7, 257 (258).

78) Dasselbe gilt für das Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 11.2.1951, AS 1, 19 (20).

79) BVerwGE 12, 64 (65).

80) Vgl. hiergegen oben S. 80 ff.

81) BVerwGE 22, 45.

Demgegenüber spricht das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21. 10. 1955 [82] aus, es habe auf die Behauptungen des Klägers jedenfalls dann nicht anzukommen, wenn die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen in Frage stehe.

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte finden sich hingegen einige Fälle, in denen die Beweisfrage bedeutsam wurde und die Klage beim Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses als unbegründet abgewiesen wurde. [83] Die entsprechenden Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts stammen jedoch aus einer Zeit, in der dieses Gericht bei der Zuständigkeitsprüfung noch von der gleichen Auffassung ausging, die dort entwickelte Formel also noch nicht verwandte. [84]

b) Häufig handelt es sich in diesem Zusammenhang um den Fall der vor den ordentlichen Gerichten erhobenen privatrechtlichen Abwehrklage. Hier ist anerkannt, daß der Rechtsweg unzulässig ist, wenn mit der Klage die Unterlassung von Handlungen oder Maßnahmen begehrt wird, die in Ausübung staatshoheitlicher Aufgaben geschehen, oder wenn die Klage auf die Vornahme von Handlungen oder die Anbringung von Einrichtungen bei einem in Erfüllung staatshoheitlicher Aufgaben geführten Betrieb gerichtet ist, falls mit der begehrten Änderung eine wesentliche, vom Betriebsinhaber nicht gewollte Änderung des Betriebs verbunden ist. [85] Da zum Klagegrund einer Eigen-

---

82) BVerwGE 2, 273 (274). Vgl. auch VGH Kassel, Urteil vom 8.11.1957, DVBl. 1958, 874.

83) RAG, Urteil vom 3.7.1929, RAG 4, 125 = ARS 6, 565, vom 6.7.1929, ARS 7, 79 (82 ff., insbes. 83, 84 f.); LAG Bayern, Urteil vom 18.11.1953, ABl. d.Bayer. AM 1953 C 71 (72).

84) Vgl. oben S. 74 f.

85) Vgl. Soergel-Siebert, Einleitung 57; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, II A 4 a vor § 1; Meisner-Stern-Hodes, § 38 X, S. 702; RG, Urteil vom 28.9.1942, RGZ 170, 40 (42).

tumsabwehrklage die Behauptung über den das Eigentum verletzenden Eingriff gehört, [86] wird der ordentliche Rechtsweg für unzulässig gehalten, wenn schon nach dem Klagevortrag oder dem unbestrittenen Vortrag des Beklagten der abzuwehrende Eingriff auf Grund der Herrschaftsgewalt des Staates vorgenommen wurde. [87] Behauptet der Kläger dagegen schlüssig einen privatrechtlichen Eingriff und macht der Beklagte geltend, der Eingriff sei in Betätigung öffentlicher Gewalt geschehen, so soll der Rechtsweg nach der herrschenden Auffassung zulässig sein. Denn die Beweisfrage wird von der herrschenden Meinung in den Begründetheitsstreit verwiesen. [88]

---

86) Vgl. RG, Urteil vom 27.7.1918, RGZ 93, 255 (259), vom 13.5.1924, RGZ 108, 167 (168).

87) Johannsen in RGRK, § 1004 Anm. 66; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 b a. E. vor § 1; Meisner-Stern-Hodes, § 38 X, S. 702 Fußnote 218; RG, Urteil vom 28.2.1911, RGZ 75, 397 (398), vom 27.7.1918, RGZ 93, 255 (259) = JW 1918, 618 (619) mit zust. Anm. (4) Heilberg, vom 13.5.1924, RGZ 108, 167 (168), vom 18.10.1927, RGZ 118, 227 (228).

88) Tiedau führt hierzu in ZZP 64, 462 Note 191 umfangreiche Zitate aus der Rechtsprechung an. In keinem dieser Fälle hat jedoch das Reichsgericht die Klage als unbegründet abgewiesen, weil sich der Eingriff nach der Beweisaufnahme als ein in Betätigung öffentlicher Gewalt erfolgter herausstellte. In vielen Fällen wurde nämlich die Klage bereits wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen, so in RGZ 24, 36 (38); 62, 193; 71, 44; 117, 236; 118, 227; 144, 285; SA 79 Nr. 152 (S. 250 f.); zu RGZ 93, 255 und Warn. 1924, 90 = SA 78 Nr. 151 vgl. den oben folgenden Text. In RGZ 159, 129 wurde die Klage wegen Unschlüssigkeit als unbegründet abgewiesen (S. 137). In Gruchot 39, 1078, RGZ 44, 225 und 56, 25 handelte es sich nicht um ein Beweisproblem. Zu RGZ 75, 397 vgl. ebenfalls den oben folgenden Text; soweit es sich um die Ausübung des Gemeingebrauchs handelt, richtet sich die Klage nicht gegen einen hoheitlichen Eingriff, hier handelt es sich um die Rechtsbefugnisse einzelner Personen, eine Frage, die im Rahmen des § 1004 Abs. 2 BGB im Begründetheitsstreit zu erörtern ist, vgl. auch RG, Urteil vom 16.2.1929, RGZ 123, 181 (183), vom 10.6.1929, RGZ 125, 108 (109, 111), vom 16.5. 1931, RGZ 132, 398 (400); Staudinger-Berg, § 1004 Anm. 5; Johannsen in RGRK, § 1004 Anm. 67. Die Zitate RGZ 12, 191; 106, 167; 154, 286; Gruchot 44, 481 und JW 01, 930 sind offensichtlich unrichtig.
Vgl. auch Meisner-Stern-Hodes, § 38 X, S. 702 Note 218 (im Sinne der herrschenden Meinung); a. A. Bötticher, ZZP 72, 60.

In der Tat hat auch das Reichsgericht in den in diesem Zusammenhang angeführten Urteilen vom 27. 7. 1918 [89] und 12. 1. 1924 [90] ausgesprochen, der Rechtsweg stehe offen, wenn in der Klage ein privatrechtlicher Eingriff behauptet werde, der Beklagte aber geltend mache, der Eingriff habe öffentlich-rechtlichen Charakter getragen, so daß die Klage, wenn sich die Behauptung des Beklagten als richtig herausstelle, nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern als unbegründet abgewiesen werden müsse. In beiden Entscheidungen bestand jedoch vom Ergebnis her kein Anlaß zu dieser Feststellung. Denn in beiden Fällen stellte sich der behauptete Eingriff bereits nach dem Klagevorbringen als ein von dem Beklagten in Beanspruchung staatlicher Zwangsgewalt vorgenommener Akt dar, so daß der Rechtsweg in diesen Entscheidungen für unzulässig gehalten wurde.

Es ist demgegenüber hervorzuheben, daß das Reichsgericht in den Urteilen vom 13. 5. 1893 [91], 22. 2. 1908 [92] und 28. 2. 1911 [93] den Beweis bereits im Rechtswegstreit zuließ. Freilich kam es auch im letztgenannten Fall letztlich auf diese Frage nicht an, weil das Vorbringen des Beklagten vom Reichsgericht als unerheblich angesehen wurde. Anders war es jedoch in den anderen Fällen. Im Fall des Urteils vom 22. 2. 1908 hatte sich der Kläger mit der Abwehrklage aus § 907 BGB gegen die Herstellung von Anlagen durch den beklagten Eisenbahnfiskus gewandt. Der Beklagte hatte die Unzulässigkeit des Rechtswegs mit dem Vorbringen geltend gemacht, es handelte sich um Anlagen, die aus Anlaß der im Bau begriffenen Umgestaltung der Eisenbahn erforderlich gewesen seien und der landespolizeilichen Prüfung unterlegen hätten. Das Berufungsgericht hatte anerkannt, daß im ordentlichen Rechtsweg nicht auf die Be-

89) RGZ 93, 255 (259).
90) Warn. 1924 Nr. 90 = SA 78 Nr. 151.
91) RGZ 31, 285 (289).
92) JW 1908, 245 f.
93) RGZ 75, 397 (398).

seitigung oder Unterlassung derartiger Anlagen geklagt werden konnte, jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs deshalb bejaht, weil die Klage nicht erkennen gelassen habe, daß es sich um Anlagen dieser Art gehandelt habe. Das Reichsgericht hob dieses Urteil auf. Nachdem es zunächst ausführt, das Gesetz gebe zu einer Einschränkung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs in dem Sinne, daß hierfür nur der Klagvortrag und Klaggrund maßgebend sei, keinen Anhalt, stellt es ausdrücklich fest: "Wird, wie im vorliegenden Falle, die Existenz der behaupteten Anordnung bestritten, so ist darüber Beweis zu erheben und von dessen Ausfall die Entscheidung über die zunächst allein im Streit stehende Einrede abhängig zu machen." 94)

c) Nach alledem zeigt sich also: Die insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ständig wiederkehrende - und auch vom Bundesgerichtshof übernommene - Wendung, für die Zulässigkeit des Rechtswegs sei das tatsächliche Vorbringen des Klägers maßgebend und als richtig zu unterstellen, betraf in der überwältigenden Mehrheit der Fälle überhaupt nicht die Beweisfrage. Wo es aber wirklich einmal auf die Beweisfrage ankam, spricht die Rechtsprechung des Reichsgerichts keineswegs für die herrschende Meinung, es lassen sich vielmehr Entscheidungen anführen, die die Beweisfrage ausdrücklich in den Zulässigkeitsstreit verweisen. Treffend bemerkt daher Rupp 95): "In aller Regel ... wird ... die Zulässigkeit des Rechtswegs durch die Ermittlung des wahren Sachverhalts nicht berührt. Nur aus dieser quantitativen Regel heraus ist auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts verständlich, wenn sie darauf abstellte, daß für die Zulässigkeit des Rechtswegs nur das tatsächliche Vorbringen des Klägers ausschlaggebend sei."

---

94) JW 1908, 246.
95) AöR 85, 168.

D. Ergebnis

Nachdem festgestellt worden ist, daß das Fundament der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung keineswegs so fest ist, wie es schien, diese in entscheidenden Fällen sogar eine andere Auffassung als allgemein angenommen vertrat, kann als Ergebnis folgendes festgehalten werden:

Die herrschende Meinung, die sich im Rechtswegstreit mit der Natur des vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses begnügt, ist abzulehnen. Vielmehr ist die Rechtswegprüfung ebenso zu behandeln wie die Zuständigkeitsprüfung im Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten. Das bedeutet, daß in Fällen sich gegenseitig ausschließender Rechtsverhältnisse für die Begründung der Zulässigkeit die Natur des wirklichen Rechtsverhältnisses maßgebend ist. Handelt es sich hingegen nicht um Fälle einander ausschließender Rechtsverhältnisse, entscheidet die schlüssige Qualifizierung des Anspruchs, soweit sich die Zulässigkeit nach der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs richtet.

4. Kapitel

Die Verfahrensmaxime der Rechtsweg- und Zuständigkeitsprüfung (Die Prüfung von Amts wegen) [1]

A. Zur Bedeutung der "Prüfung von Amts wegen"

Nachdem im Vorstehenden die Frage erörtert wurde, worauf sich die Prüfung im Zulässigkeitsstadium zu erstrecken hat (W a s ist zu prüfen?), soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, nach welchen Verfahrensgrundsätzen das Gericht bei der Zulässigkeitsprüfung vorzugehen hat (W i e ist zu prüfen?). Wie allgemein anerkannt, sind Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs als Prozeßvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen. Von einer Prüfung von Amts wegen spricht man in verschiedenen Zusammenhängen. Man sagt z.B., das Revisionsgericht habe eine Rechtsfrage auch ohne einen Angriff der Revision von Amts wegen nachzuprüfen. [2] Man sieht den Unterschied von Verjährungs- und Ausschlußfristen darin, daß diese von Amts wegen, jene nur auf Einrede des Beklagten zu prüfen seien. [3] In diesem Zusammenhang hat die Prüfung von Amts wegen die Rechtsanwendung, die Subsumtion der behaupteten oder festgestellten Tatsachen, zum Gegenstand. Die Worte "von Amts wegen" bezeichnen hier, wie auch in der in § 528 letzter Halbsatz ZPO angesprochenen "Prüfung von Amts wegen", den Gegensatz zu einer Tätigkeit auf die Initiative einer Partei, etwa durch eine Einrede oder eine Rüge, [4] wie denn auch die Zivilprozeßordnung etwa davon spricht, daß das Gericht "auf Antrag oder von Amts wegen die abgesonderte Verhandlung anordnet" (§ 275 Abs. 1) oder "auf Antrag einer

---

1) S. hierzu im einzelnen neuerdings Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1966.

2) RG, Urteil vom 27. 3. 1925, RGZ 110, 354.

3) Vgl. dazu Jaeger, JW 1917, 659.

4) Vgl. hierzu v. Weber, ZZP 57, 92.

Partei oder von Amts wegen den Beweisbeschluß ... ändern" kann (§ 360 S. 2). [5]

In einem anderen Sinn verwendet man in der zivilprozessualen Literatur und Rechtsprechung den Begriff der Prüfung von Amts wegen, wenn man hervorhebt, die Prüfung von Amts wegen sei etwas Drittes neben dem Verhandlungsgrundsatz und dem Untersuchungsgrundsatz, [6] sie stehe zwischen dem Verhandlungs- und dem Untersuchungsgrundsatz. [7] Hier spricht man auch von der Prüfung von Amts wegen "im eigentlichen" [8] oder "im prozessualen" [9] Sinn. In diesem Sinn betrifft die Prüfung von Amts wegen die Sammlung des Prozeßstoffs. [10] Es handelt sich hierbei um die im Bereich der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beibringung des Tatsachenstoffs und die Feststellung der Tatsachen geltenden besonderen Regeln. Im Rahmen der Subsumtion ist für derartige besondere Regeln kein Raum. Denn die Subsumtionstätigkeit ist hinsichtlich der materiellen wie hinsichtlich der prozessualen Voraussetzungen allein Sache des Gerichts. Allerdings ist auch im Bereich der Stoff-

---

5) S. auch § 65 Abs. 1 VwGO, § 113 Abs. 2 SGG, § 140 Abs. 2 StPO.

6) Schönke-Schröder-Niese, § 7 IV, S. 47.

7) de Boor, S. 122; Lüke, JuS 1961, 44.

8) Baumbach-Lauterbach, Grundz 3 H vor § 128, hier auch gleichbedeutend "Amtsprüfung", "Offizialprüfung".

9) Rosenberg, § 63 IV 2, S. 299.

10) So wird sie z.B. im Lehrbuch von Rosenberg unter der Darstellung der Stoffsammlung im Anschluß an die Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime behandelt (§ 63, S. 293 ff.), vgl. auch die Überschrift: "Die Stoffsammlung (Verhandlungsmaxime, Untersuchungsmaxime, Prüfung von Amts wegen)".
Wenn Stein-Jonas-Schönke-Pohle in der 18. Auflage, III 4 vor § 128 von "wirklicher Prüfung von Amts wegen i. e. S." sprachen, so war dies mit der Prüfung von Amts wegen im "eigentlichen" (Baumbach-Lauterbach) oder "prozessualen" Sinn (Rosenberg) nicht identisch; ihr Rahmen war enger gesteckt. Sie betraf die Fälle des Ausschlusses des Parteieinflusses auf die Beweisbedürftigkeit im Gegensatz zur sog. "Berücksichtigung von Amts wegen". Vgl. jetzt auch 19. Auflage, VII 3 vor § 128 und unten Fußnote 26.

sammlung die selbständige Bedeutung der Prüfung von Amts wegen geleugnet worden. So hat v. Weber gemeint, die Stoffsammlung könne nur durch die Parteien oder das Gericht erfolgen. Ein Drittes gebe es nicht. Insoweit es sich um die Stoffsammlung handele, müsse daher auch die Prüfung von Amts wegen den Kategorien der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime eingeordnet werden. [11]

B. Die Prüfung von Amts wegen als Stoffsammlungsgrundsatz im Zivilprozeß

I. Abgrenzung vom Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Zu klären ist danach zunächst das Verhältnis des Amtsprüfungsgrundsatzes zum Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz.

a) Hierbei ist zunächst der Inhalt der beiden letztgenannten Grundsätze festzuhalten.

Der Verhandlungsgrundsatz bedeutet: [12]

1. Nur die von einer Partei behaupteten Tatsachen darf das Gericht in der Entscheidung berücksichtigen.
2. Nur die bestrittenen Behauptungen bedürfen eines Beweises. [13]

---

11) ZZP 57, 93.

12) Vgl. zu diesem Aufbau insbesondere Blomeyer, § 14 II 1, S. 67 f.; de Boor, S. 117 f.; Guldener, S. 136; Lent-Jauernig, § 25 I 2, S. 63; Rosenberg, § 63 II 1 und 2, S. 295; Koehler, § 86 Anm. II 1 b; Rupp, AöR 85, 189 f.; Schröder, Annuario di diritto comparato Bd. 16 S. 175 f.; Bitter, BayVBl. 1958, 43. Von einem Zweistufenaufbau geht Rimmelspacher aus, indem er die zweite und dritte Stufe zusammenfaßt, vgl. dazu dort S. 26.

13) Vgl. hierzu außer §§ 288 Abs. 1, 138 Abs. 3 und 331 ZPO auch die §§ 439, 452 Abs. 3, 391, 402 ZPO.

3. Grundsätzlich dürfen nur die von den Parteien angebotenen Beweise erhoben werden.
Letzterer Grundsatz ist heute jedoch weitgehend durchbrochen, [14] so daß er praktisch nur noch beim Zeugenbeweis und in gewissen Fällen bei der Parteivernehmung gilt.

Demgegenüber besagt der Untersuchungsgrundsatz:

1. Das Gericht hat in der Entscheidung auch solche Tatsachen zu berücksichtigen, die von keiner Partei vorgebracht sind.
2. Das Gericht hat Beweise ohne Rücksicht auf Nichtbestreiten oder Geständnisse der Parteien zu erheben.
3. Es hat auch von den Parteien nicht vorgebrachte Beweismittel zu verwenden.

Während also beim Verhandlungsgrundsatz die Parteien über die zu berücksichtigenden Tatsachen und Beweismittel sowie die Beweisbedürftigkeit der Tatsachen bestimmen, steht beim Untersuchungsgrundsatz diese Befugnis dem Gericht zu. [15]

b) Hinsichtlich der Durchführung der Prüfung von Amts wegen herrscht heute im Zivilprozeß weitgehend Einigkeit. [16]

---

14) Vgl. hierzu Rosenberg, § 63 II 3 b, S. 297 f.; Blomeyer, § 14 II 1 c, S. 68 f.; Nikisch, § 50 I 4, S. 194; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, VII 2 c vor § 128; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I, S. 89, DVBl. 1954, 144.

15) Die beiden Grundsätze werden also als auf die Stoffsammlung beschränkt verstanden und sind daher vom Gegensatzpaar Dispositionsmaxime-Offizialmaxime zu unterscheiden. Dies geschieht nicht immer, vgl. dazu Lüke, JuS 1961, 41 f.

16) Vgl. Rosenberg, § 63 IV, S. 298 ff., § 38 I 3 a, S. 152, § 89 IV 2, S. 429 und Beweislast, S. 51 f.; Schönke-Schröder-Niese, § 7 IV, S. 46 f.; Blomeyer, § 14 IV, S. 70 f., § 39 II 1, S. 192; Nikisch, § 50 IV, S. 196 f.; Lent-Jauernig, § 25 IX, S. 70; Baumbach-Lauterbach, Grundz 3 H vor § 128; Peters, S. 72 f.; Lüke, AöR 84, 193 Fußnote 28 und JuS 1961, 44; RG, Urteil vom 17.5.1939, RGZ 160, 338 (346 f., 348); BAG, Urteil vom 6.5.1958, BAG 6, 76 (80) = NJW 1958, 1699 f.

1. Die für die Prüfung erforderlichen tatsächlichen Umstände werden nicht durch das Gericht eingeführt, sondern durch die Parteien. Wie bei der Verhandlungsmaxime ist das Gericht auf den von den Parteien unterbreiteten Tatsachenstoff beschränkt. [17] Auf Bedenken, die in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten, hat das Gericht nach § 139 Abs. 2 ZPO aufmerksam zu machen, wodurch es die Partei, die am Erlaß des Sachurteils ein Interesse hat, zur Aufstellung der erforderlichen Behauptungen veranlaßt. Der Sache nach wird in dieser Vorschrift für die Voraussetzungen der Rechtsschutzgewährung nichts anderes bestimmt als in Abs. 1 des § 139 für die materiellrechtlichen Voraussetzungen: daß nämlich das Gericht eine Aufklärungspflicht gegenüber den Parteien hat; [18] Abs. 2 ist also lediglich ein Unterfall von Abs. 1. [19] Es besteht also auch insoweit kein Unterschied gegenüber der Verhandlungsmaxime.

Eine Abweichung von der Verhandlungsmaxime hinsichtlich des zu berücksichtigenden Tatsachenstoffes besteht jedoch, jedenfalls für die überwiegende Meinung. Sie betrifft die sog. offenkundigen Tatsachen. Wie allgemein anerkannt, erstreckt sich die Prüfung von Amts wegen auch auf diese Tatsachen, selbst wenn sie von den Parteien nicht vorgebracht sind. Bei der Verhandlungsmaxime wird jedoch gelehrt, das Gericht dürfe selbst offenkundige Tatsachen nicht verwerten, wenn sie nicht von einer Partei in den Prozeß eingeführt sind, hier

---

17) A. A. in der älteren Literatur Birkmeyer, ZZP 7, 187, 431, 435-439; Schmidt, S. 429. Zur Ansicht v. Webers s. unten S. 154 f.

18) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 139 Anm. II 3; v. Weber, ZZP 57, 93.

19) Baumbach-Lauterbach, § 139 Anm. 3.

wie sonst sei es auf sein Aufklärungsrecht nach § 139 ZPO beschränkt. [20] Dieses Verwertungsverbot für nicht vorgetragene offenkundige Tatsachen ist jedoch zu bezweifeln. Wie Bernhardt [21] überzeugend dargelegt hat, braucht nämlich eine auf den Sinngehalt der Verhandlungsmaxime abstellende Rechtsauslegung gar nicht anzunehmen, daß die allgemeinbekannten Tatsachen nur durch Parteivortrag Urteilsgrundlage werden. Denn "dieser Grundsatz baut sich auf dem Gedanken auf, daß der Richter den Prozeßstoff zunächst nicht kennt, während die Parteien als die unmittelbar Beteiligten darüber genau informiert sind. Daher sollen sie ihn vortragen. Das bezieht sich aber sinngemäß nur auf die speziellen Geschehnisse und Zustände der einzelnen Rechtssache, nicht aber auf allgemeine Tatsachen, die jedermann bekannt sind und über die die Par-

---

20) Stein, Privates Wissen, S. 164; Stein-Juncker, S. 248; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 291 Anm. III; Schönke-Schröder-Niese, § 7 I 3, S. 42 und § 56 VI 1 d, S. 257; Baumbach-Lauterbach, Grundz 3 C vor § 128, § 291 Anm. 2 B; Wieczorek, § 291 Anm. A I a; Nikisch, § 83 II 2, S. 326; Rupp, AöR 85, 189; RG, Urteil vom 23.12.1915, Warn. 1916 Nr. 92 = Recht 1916 Nr. 716, vom 2.2.1934, RGZ 143, 175 (183). Für Stein, der die Lehre von der Verwertbarkeit der offenkundigen Tatsachen bei der Prüfung von Amts wegen im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime näher begründet hat, bestand diese Abweichung von der Verhandlungsmaxime allerdings nicht nur für die offenkundigen, sondern auch für die sonstigen Tatsachen. Denn nach seiner Auffassung konnten im Rahmen der Prüfung von Amts wegen auch die sonstigen Tatsachen vom Gericht eingeführt werden (vgl. Das private Wissen des Richters, S. 93 und S. 165); Stein behandelte also bei der Prüfung von Amts wegen offenkundige und sonstige Tatsachen gleich. Nur die Beweisführungslast sollten die Parteien tragen, was bei den offenkundigen Tatsachen wegen § 291 ZPO nicht aktuell wurde (vgl. a.a.O., S. 93). Gegen diese Trennung von Behauptungs- und Beweislast jedoch zutreffend Rosenberg, Beweislast, S. 51 f.

21) Festgabe für Rosenberg, S. 22 ff.

teien keine bessere Kenntnis haben." [22] Deshalb sind die allgemeinkundigen Tatsachen auch im Rahmen der Verhandlungsmaxime ohne besonderen Parteivortrag zu berücksichtigen. Das gleiche hat für die gerichtskundigen Tatsachen, die der Richter von seiner Amtstätigkeit her kennt und an die er sich noch genau erinnert, zu gelten. [23] Im übrigen folgt auch aus der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, daß die Parteien offenkundige Tatsachen nicht unterdrücken dürfen. [24] Nach dieser Auffassung, der beizutreten ist, [25] liegt also in der Verwertung offenkundiger Tatsachen bei der Prüfung von Amts wegen keine Abweichung vom Verhandlungsgrundsatz. In der Tatsachenbeschaffung unterscheidet sich also die Prüfung von Amts wegen nicht vom Verhandlungsgrundsatz.

2. Bei der Beweisbedürftigkeit hinsichtlich der von Amts wegen zu prüfenden zulässigkeitsbegründenden Tatsachen mißt die herrschende Meinung dem Einfluß des Parteiverhaltens unterschiedliche Bedeutung bei: In Fällen mit Prorogationsmöglichkeit sollen die Parteien über die Beweisbedürftigkeit bestimmen können, in den übrigen Fällen soll ihnen diese Verfügungsbefugnis über die Beweisbedürftigkeit versagt sein. [26]

---

22) Bernhardt a. a. O., S. 23.

23) A. a. O., S. 23 f.

24) A. a. O., S. 23.

25) Zustimmend auch Rosenberg, § 113 I 3, S. 552; ebenso jetzt Lent-Jauernig, § 49 VI 3, S. 149.

26) Rosenberg, § 63 IV 2 b, S. 299, § 38 I 3 a, S. 152; Blomeyer, § 5 VIII 1, S. 39, § 14 IV, S. 71; Baumbach-Lauterbach, 1 vor § 38 und § 331 Anm. 2; Nikisch, § 26 I 3, S. 104, § 76 IV 2, S. 300; Schönke-Schröder-Niese sagen zwar § 7 IV, S. 47 allgemein, das Gericht sei bei der Prüfung von Amts wegen an Behauptungen oder Geständnisse der Parteien nicht gebunden (vgl. auch § 52 V, S. 238: bei der Prüfung von Amts wegen sei das gerichtliche Geständnis ausgeschlossen), sie lassen jedoch in § 79 III 2 a, S. 358 die Geständnisfiktion der Säumnis des Beklagten bei der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit ausdrücklich zu, soweit die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen für die Parteien disponibel sind, soweit also

Die Gewährung der Verfügungsbefugnis in den erstgenannten Fällen wird damit begründet, daß das Gericht ja auch durch Vereinbarung zuständig werden könnte. [27] Die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Rechtswegs sind hiernach dem Parteiverhalten entzogen. [28] Das gleiche gilt für die Zuständigkeit in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten und beim Bestehen eines ausschließlichen Gerichtsstandes: hier verbietet § 40 Abs. 2 ZPO eine Vereinbarung über die Zuständigkeit. Wo jedoch in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein ausschließlicher Gerichtsstand nicht besteht, wird dem Parteiverhalten auf die Bestimmung der Beweisbedürftigkeit hinsichtlich der Zuständigkeitsvoraussetzungen Einfluß gewährt; in diesen Fällen sollen also die beim Verhandlungsgrundsatz genannten Bestimmungen gelten. [29]

Gegen diese Behandlung der prorogierbaren Fälle, insbesondere gegen die Anwendbarkeit des § 331 ZPO im Rahmen der zustän - digkeitsbegründenden Tatsachen, wendet sich neuerdings Rimmelspacher. [30] Nach seiner Auffassung müssen die Gründe, die

---

kein ausschließlicher Gerichtsstand in Betracht kommt. Nach Stein-Jonas-Schönke-Pohle, VII 3 c vor § 128, soll den Parteien die Verfügungsbefugnis über die Beweisbedürftigkeit bei der Prüfung von Amts wegen allgemein versagt sein, die prorogierbaren Fälle werden jedoch von der Geltung des Amtsprüfungsgrundsatzes ausgeklammert und von der Verhandlungsmaxime erfaßt (VII 3 a vor § 128); eine Abweichung von der herrschenden Meinung besteht deshalb im Ergebnis nicht.

27) Vgl. Rosenberg, § 63 IV 2 b, S. 299.

28) Vgl. statt vieler Baumbach-Lauterbach, § 274 Anm. 3 und RG, Urteil vom 6.10.1928, RGZ 122, 100 (101).

29) Vgl. oben S. 146 Fußnote 13.

30) S. 168 ff. Im Rahmen der §§ 288 und 138 Abs. 3 ist das Problem, worauf Rimmelspacher, S. 168 Fußnote 60, zutreffend hinweist, praktisch bedeutungslos, weil der Beklagte, der die Zuständigkeitstatsachen zugesteht oder nicht bestreitet, regelmäßig auch zur Hauptsache verhandelt, so daß das Gericht durch dieses Verhandeln kraft Gesetzes (§ 39 ZPO) zuständig wird.

zur Ablehnung des § 39 ZPO im Versäumnisverfahren geführt haben, auch zur Ablehnung der Geständnisfiktion des § 331 ZPO hinsichtlich der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen führen. Das Reichsgericht ging nämlich bei der Verwerfung einer unterstellten Vereinbarung i.S. des § 39 im Versäumnisfall von der Annahme aus, der Beklagte wolle durch sein Nichterscheinen gerade zu erkennen geben, daß er eine stillschweigende Vereinbarung über den Gerichtsstand nicht habe treffen wollen; vielmehr wolle er es dem Richter überlassen, die Zuständigkeit von Amts wegen nach dem Gesetz zu prüfen. [31] Dieser Gedanke gilt aber, worauf Rimmelspacher zutreffend hinweist, nicht nur für die durch die wirkliche oder fingierte Prorogation herbeigeführte Rechtsfolge (Zuständigkeit), sondern auch für den dieser Rechtsfolge zugrunde liegenden Sachverhalt; denn derjenige, der eine Rechtsfolge nicht unmittelbar hinnimmt, wird schwerlich die diese Rechtsfolge begründenden tatsächlichen Umstände und damit mittelbar die abgelehnte Rechtsfolge doch billigen. Die herrschende Meinung, die die Geständniswirkung der Säumnis des Beklagten auch hinsichtlich der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen gelten läßt, liefert den Beklagten damit weitgehend der Willkür des Klägers aus; denn dieser könnte den Beklagten vor jedem beliebigen, von dessen Wohnsitz weit entfernten Gericht verklagen, und der Beklagte müßte, um die Geständniswirkung seines Nichterscheinens nicht eintreten zu lassen, vor jedem beliebigen Gericht erscheinen oder sich vertreten lassen. Die hierdurch entstehenden Schwierigkeiten - die Notwendigkeit, an einen weit entfernten Gerichtsort zu reisen, dort einen Anwalt zu suchen, mit dem regelmäßig nur brieflich verkehrt werden kann - will aber das Gesetz mit der gegebenen Zuständigkeitsordnung gerade vermeiden. [32]

---

31) Urteil vom 26. 5. 1880, RGZ 1, 438 (440).

32) Vgl. hierzu Kohler, AcP 70, 213 f. und Fischer, ZZP 57, 355 f., der nicht nur auf die äußeren Schwierigkeiten hinweist, sondern auch die psychologischen Momente hervorhebt.

Denn diese nimmt bei der Verteilung der Zuständigkeiten vor allem auch auf die Interessen des Beklagten Rücksicht, wie es insbesondere die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes zeigt, wie es aber auch bei der Bestimmung der besonderen Gerichtsstände zum Ausdruck kommt. [33] Diesem Gedanken der Rechtsschutzgarantie für den Beklagten, der der Zuständigkeitsordnung zugrunde liegt, widerspricht jedoch die von der herrschenden Auffassung befürwortete Anwendung des § 331 ZPO auf die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen; der Ansicht Rimmelspachers ist daher beizutreten. [34]

Der Einwand, das Verlangen einer Prüfung der Wahrheit der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen beim Ausbleiben des Beklagten würde die Zivilrechtspflege lahmlegen, weil sich jeder Kläger dann mit einer amtlichen Bescheinigung über den Wohnsitz des Beklagten versehen müßte, [35] kann gegen die hier befürwortete Ablehnung des § 331 ZPO bei Zuständigkeitstatsachen nicht durchgreifen. Denn auch bei einer Säumnis des Beklagten gilt, daß der Richter vom Kläger nur bei begründeten Zweifeln den Beweis der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen fordert. Zu Zweifeln am Wohnort des Beklagten wird er jedoch regelmäßig keinen Anlaß haben, wenn diesem die Klage im Gerichtsbezirk zugestellt wurde. [36]

3. Einigkeit herrscht heute hinsichtlich der Beschaffung der Beweismittel: ebenso wie die Parteien den Tatsachenstoff in den Prozeß einführen, ist es ihre Sache, dem Gericht Be-

---

33) Vgl. Kohler und Fischer a. a. O.

34) Vgl. auch Kohler, AcP 70, 216 ff. und 244 f.; Pagenstecher, JR 1926, 735 f., 741 f.

35) Vgl. Stein, Fitting-Festgabe, S. 42 f.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 331 Anm. II 3.

36) Kohler, AcP 70, 245; Pagenstecher, JR 1926, 741 f.; Rimmelspacher, S. 171.

weis anzubieten. Das Gericht hat sich also darauf zu beschränken, die Parteien zu veranlassen, die erforderte Nachweisung zu beschaffen (vgl. § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). [37] Doch gilt dies nur in demselben Umfang wie beim materiellen Prozeßstoff, praktisch also nur beim Zeugenbeweis und in gewissen Fällen bei der Parteivernehmung. [38] In der Beweismittelbeschaffung gleicht also die Prüfung von Amts wegen der Verhandlungsmaxime.

c) Eine abweichende Auffassung zur Prüfung von Amts wegen hat v. Weber [39] vertreten. Ausgehend von der Feststellung, daß die Stoffsammlung nur entweder durch die Parteien oder das Gericht erfolgen könne und daß daher die Prüfung von Amts wegen in die Kategorien der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime eingeordnet werden müsse, vertritt er folgende Ansicht: Soweit die Tatsachen der Parteiwillkür unterlägen - also in Fällen mit Prorogationsmöglichkeit -, gelte die Verhandlungsmaxime. Bei zwingenden Vorschriften gelte dagegen die Untersuchungsmaxime zugunsten der Feststellung der Unzulässigkeit, also nur einseitig. Hinsichtlich der Feststellung der Zulässigkeit hat also, da es nach v. Weber nur zwei Kategorien gibt, die Verhandlungsmaxime zu gelten.

---

37) A. A. früher Birkmeyer, ZZP 7, 189, 431, 441-445. Unklar Rosenberg, § 63 IV 2 b, S. 299, wenn er unter Verweisung auf seine Ausführungen § 63 II 2, S. 295 und III 2, S. 298 die Feststellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen denselben Grundsätzen wie bei der Feststellungsbedürftigkeit unterwerfen will, also dem Einfluß des Parteiverhaltens je nach dem Maß des öffentlichen Interesses auch hier unterschiedliche Bedeutung beizumessen scheint; seine Ausführungen § 63 IV 2 a, S. 299, § 38 I 3 a, S. 152 und § 89 IV 2, S. 429 sprechen jedoch eindeutig für die im Text dargelegte Ansicht.

38) Vgl. oben S. 147.

39) ZZP 57, 91 ff.

Eine derartige Trennung der unzulässigkeitsbegründenden Tatsachen von den zulässigkeitsbegründenden Tatsachen ist jedoch praktisch nicht möglich; denn alle die Zulässigkeit begründenden Tatsachen sind zugleich die Unzulässigkeit beseitigende Tatsachen, und alle die Unzulässigkeit begründenden Tatsachen sind zugleich die Zulässigkeit hindernde Tatsachen. [40] Das im Falle der Geltung der Verhandlungsmaxime zulässige Geständnis einer zulässigkeitsbegründenden Tatsache würde die Untersuchung der unzulässigkeitsbegründenden Tatsache hindern und daher nach der hierfür angenommenen Untersuchungsmaxime unzulässig sein. Es hat daher dabei zu bleiben, daß neben der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime die Prüfung von Amts wegen als dritte Kategorie besteht. [41]

---

40) So zutreffend Rimmelspacher, S. 152.

41) Zu unterscheiden ist der Grundsatz der Prüfung von Amts wegen schließlich auch vom Instruktionsgrundsatz, einem weiteren - vierten - Stoffsammlungsgrundsatz. Bei diesem Grundsatz bestimmen die Parteien den zu berücksichtigenden Tatsachenstoff, während das Gericht die Herrschaft über die Beweisbedürftigkeit und die Beweismittel hat (vgl. Blomeyer, § 14 III, S. 70; Mang-Vocke, S. 179 f.; Arno Lang, VerwArch. 52, 67); er ist im geltenden Recht im Eheprozeß hinsichtlich der ehefeindlichen Tatsachen anerkannt (§ 622 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Stein-Jonas- Schönke-Pohle, § 622 Anm. II 2; Wieczorek, § 622 Anm. B; Baumbach-Lauterbach, § 622 Anm. 3), deckt sich aber praktisch auch insoweit mit dem Amtsprüfungsgrundsatz, als bei letzterem die Herrschaft der Parteien über die Beweismittelbeschaffung eingeschränkt ist. Die selbständige Bedeutung des Instruktionsgrundsatzes kommt nicht immer klar zum Ausdruck (vgl. etwa Dyroff, S. 548, bei dem der Begriff Instruktionsprinzip als andere Bezeichnung für die Untersuchungsmaxime erscheint).-
Von Amts wegen zu prüfende und zu ermittelnde Tatsachen wurden dagegen von Birkmeyer, ZZP 7, 155 ff., 375 ff., nicht getrennt. In dem von ihm so genannten "Offizialverfahren", auf das er die Grundsätze der Untersuchungsmaxime anwandte (vgl. insbesondere S. 431), finden sich nicht nur von der Untersuchungsmaxime, sondern auch von der Instruktionsmaxime und der Prüfung von Amts wegen beherrschte Verfahren; denn zum Offizialverfahren rechnete er z.B. sowohl Ehe- (S. 165 ff.) und Entmündigungssachen (S. 168 ff.) als auch die Feststellung von Prozeßvoraussetzungen (S. 173 ff.) wie die Zuständigkeit, soweit die prorogatio fori ausgeschlossen (S. 175), und die Zulässigkeit des Rechtswegs (S. 176).

II. Der Grundgedanke der Prüfung von Amts wegen

Der Zivilprozeß wird hinsichtlich des materiellen Prozeßstoffs im allgemeinen von der Verhandlungsmaxime beherrscht. Nach dieser Maxime haben die Parteien, wie gezeigt, weitgehend die Verfügungsbefugnis über den Prozeßstoff. Diese Dispositionsfreiheit entspricht der Verfügungsfreiheit im materiellen Recht. Können die Parteien über ihre materiellen Rechte frei verfügen, soll auch das Gericht in diese Verfügungsfreiheit nicht eingreifen. [42] Die gegensätzliche Interessenlage der Parteien bietet auch die Gewähr dafür, daß der Prozeßstoff vollständig erfaßt wird. Denn jede Partei wird in ihrem eigenen Interesse bestrebt sein, das ihr Günstige vorzubringen, so daß die Darstellung beider Parteien am besten geeignet ist, ein zutreffendes Bild der streitigen Vorgänge zu ergeben. Eine gerichtliche Untersuchung ist angesichts des regelmäßig mangelnden öffentlichen Interesses an den zu beurteilenden privatrechtlichen Verhältnissen auch nicht erforderlich. [43]

Der Verhandlungsgrundsatz kann aber dort nicht gelten, wo das öffentliche Interesse berührt wird. Das ist bei den Prozeßvoraussetzungen der Fall. So kann der Rechtsfrieden nur gewahrt werden, wenn eine sachgerechte Entscheidung gewährleistet ist. [44] Diesem Ziel dient die Rechtsweg- und Zuständigkeitsordnung. Die Gewähr einer sachgerechten Entscheidung ist aber dann nicht gegeben, wenn jedes beliebige Gericht mit jedem beliebigen Rechtsstoff befaßt werden könnte. Die Spezialisierung innerhalb der Rechtsordnung erfordert vielmehr auch spezielle Gerichtszweige. Dieser Gedanke liegt

---

42) Henckel, S. 194. Vgl. auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I, S. 82.

43) Vgl. Rosenberg, § 63 I, S. 293; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 vor § 128.

44) Vgl. hierzu und zum folgenden eingehend Rimmelspacher, S. 55 ff.

der Rechtswegordnung zugrunde. Aber auch innerhalb der einzelnen Gerichtszweige hat sich die Verteilung der Zuständigkeiten im öffentlichen Interesse der Rechtsfriedenswahrung an dem Gedanken zu orientieren, daß möglichst die Gerichte, die am besten mit der Materie vertraut sind, zur Entscheidung gelangen. Schließlich liegt es im Interesse einer sachgerechten Behandlung, wenn dem Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Diesem Ziel dient die örtliche Zuständigkeitsverteilung. [45] Außerdem erfordert die Gerichtsorganisation eine bestimmte Verteilung der Arbeitslast auf die verschiedenen Gerichte. [46] Die Dispositionsbefugnis der Parteien ist deshalb im Rahmen der Rechtsweg- und Zuständigkeitsvoraussetzungen einzuschränken, weil es hier nicht um gegensätzliche Parteiinteressen geht, sondern weil hier öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Deshalb ist im Rahmen der Rechtsweg- und Zuständigkeitsvoraussetzungen - wie überhaupt für die Prozeßvoraussetzungen - für die Verhandlungsmaxime kein Raum.

Andererseits gebieten es die öffentlichen Interessen aber auch nicht, jede Initiative der Parteien auszuschalten. [47] Zutreffend weist v. Weber [48] darauf hin, daß die Partei darüber, ob sie fordern wolle, frei verfügen könne und daß deshalb auch die Beibringung der Voraussetzungen ihres Rechtsbehelfs ihrer Initiative überlassen bleibe. Weil es also den Parteien anheimgegeben ist, das Verfahren einzuleiten - ein

---

45) Die Gerichtsstandregelung dient also nicht nur dem Individualschutz, vgl. dazu Rimmelspacher, S. 60.

46) Vgl. auch Kohler, AcP 70, 213.

47) Anders für den Schweizerischen Zivilprozeß Guldener (S. 145), der die Untersuchungsmaxime - von ihm ohne Abweichung in der Sache als "Offizialmaxime" bezeichnet - auf die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen anwenden will.

48) ZZP 57, 94 Fußnote 10 a. E. Vgl. auch Weizsäcker, ZZP 27, 78 und jetzt Rimmelspacher, S. 150.

Ausfluß der Dispositionsmaxime -, ähnelt die für die Prozeßvoraussetzungen geltende Prüfung von Amts wegen in gewisser Weise der Verhandlungsmaxime: anders als bei der Untersu - chungsmaxime obliegt den Parteien grundsätzlich die Verantwortung für die Einführung der Tatsachen und der Beweismittel in den Prozeß, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß dieser Grundsatz hinsichtlich der Beweismittel heute praktisch weitgehend durchbrochen ist.

C. Die Prüfung von Amts wegen im Verwaltungsprozeß

Auch im Verwaltungsprozeß spricht man von den von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen, zu denen auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit gehören. [49] Wenn es jedoch dazu etwa bei Ule [50] heißt, das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen sei von Amts wegen zu prüfen, einer Rüge des Beklagten bedürfe es also nicht, so zeigt sich, daß die Prüfung von Amts wegen hier lediglich als Antithese zur Parteiinitiative aufgefaßt, nicht aber als Stoffsammlungsgrundsatz verstanden wird. Als Stoffsammlungsgrundsatz soll vielmehr nach herrschender Meinung im Verwaltungsprozeß die Untersuchungsmaxime auch für Prozeßvoraussetzungen gelten. [51]

---

49) Vgl. z.B. Eyermann-Fröhler, § 52 Anm. 1; Koehler, § 52 Anm. VIII, § 81 Anm. VI 1; Klinger, § 52 Anm. A 3; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 17 I, S. 65 und § 31 II, S. 98, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 81 Anm. III; Peters-Sautter-Wolff, § 57 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann, § 57 Anm. 2.

50) Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 81 Anm. III, Verwaltungsprozeßrecht, § 31 II, S. 98.

51) Koehler, § 86 Anm. III 1; Eyermann-Fröhler, 5 vor § 81; Schunck-De Clerck, § 81 Anm. 3; v. Turegg-Kraus, 28. Kap., 1 c, S. 400; Bettermann in Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 466; Peters-Sautter-Wolff, § 103 Anm. 2 a, § 123 Anm. 2. Lüke, der in AöR 84, 193 die Frage, ob sich die Amtsermittlungspflicht des Gerichts in dem gleichliegenden Fall des § 12 FGG auch auf die Verfahrensvoraussetzungen bezieht, dahingestellt sein läßt, geht in JuS 1961, 44 von einer durch die Förderungs- und Mitwirkungspflicht des Klägers abgeschwächten Untersuchungsmaxime aus.

Wenn also in der Verwaltungsgerichtsbarkeit von einer Prüfung von Amts wegen gesprochen wird, wird damit nicht dasselbe wie im Zivilprozeß gemeint. [52]

Näher begründet hat diese Auffassung Bettermann. [53] Er führt aus: Schon im Zivilprozeßrecht sei anerkannt, daß die Prozeßvoraussetzungen und -hindernisse von Amts wegen zu berücksichtigen seien; um wieviel mehr treffe das für den stärker vom Richter beherrschten Verwaltungsprozeß zu. Wenn aber für den Zivilprozeß belehrt werde, daß eine Untersuchung von Amts wegen nicht stattfinde, sondern daß der etwa erforderliche Nachweis des tatsächlichen Vorliegens einer zweifelhaften oder bestrittenen Prozeßvoraussetzung von der beweisbelasteten Partei zu erbringen sei, dann beruhe das auf der Verhandlungsmaxime, gelte also nicht für den Verwaltungsprozeß. Dessen Untersuchungsgrundsatz erstrecke sich auch auf Tatsachen, die für die Zulässigkeit der Klage oder sonstiger Prozeßhandlungen erheblich seien, nicht nur auf die klagebegründenden Tatsachen. § 86 Abs. 1 VwGO gelte auch für die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen.

Die Geltung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß im Gegensatz zu der im Zivilprozeß weithin herrschenden Verhandlungsmaxime liegt darin begründet, daß die öffentlichen Interessen im Verwaltungsprozeß eine vollständige Aufklärung der für die Entscheidung der Klage erheblichen tatsächlichen Verhältnisse erfordern; diese öffentlichen Interessen schließen es aus, daß die Parteien über den Tatsachenstoff für das

---

52) Mitunter ist die Terminologie nicht präzise, so, wenn es bei Schunck-De Clerck (§ 81 Anm. 3) zu den Prozeßvoraussetzungen heißt: "Als Ausfluß der Untersuchungsmaxime ... sind sie stets von Amts wegen zu prüfen" (also nicht: "zu untersuchen" oder "zu ermitteln"). Vgl. auch v. Turegg-Kraus, 28. Kap., 1 c, S. 400: "Die Prozeßvoraussetzungen sind von Amts wegen (Untersuchungsmaxime) zu berücksichtigen".

53) Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 466.

Gericht verbindlich disponieren können. [54] Weil diese öffentlichen Interessen im Zivilprozeß regelmäßig nicht berührt werden, gilt dort ja auch die Verhandlungsmaxime, wo sie aber doch bewegt werden, wie im Ehe-, Kindschafts-, Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren, herrscht auch im Zivilprozeß die Untersuchungsmaxime. Bei den Prozeßvoraussetzungen wird im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime von der Prüfung von Amts wegen verdrängt. Daß die Parteien auch bei diesem Grundsatz noch weitgehend ein Initiativrecht haben, liegt, wie oben ausgeführt, in der Dispositionsmaxime begründet, nach der es Sache der Parteien ist, ein Verfahren einzuleiten. In der Frage, ob das Gericht überhaupt tätig zu werden hat, unterscheidet sich aber der Verwaltungsprozeß nicht vom Zivilprozeß; hier wie dort ist es den Parteien in die Hand gegeben, darüber zu entscheiden, ob sie die Gerichte in Anspruch nehmen wollen: die Dispositionsmaxime gilt heute anerkanntermaßen auch im Verwaltungsprozeß. [55] Wenn aber insofern kein Unterschied zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß besteht, kann sich auch die Tatsachen- und Beweismittelbeschaffung nicht von der Behandlung im Zivilprozeß unterscheiden: auch im Verwaltungsprozeß muß die Initiative hinsichtlich der zulässigkeitsbegründenden Tatsachen grundsätzlich den Parteien überlassen bleiben. Daß der Verwaltungsprozeß stärker vom Richter beherrscht wird, liegt allein in der Art der zu beurteilenden Rechtsverhältnisse begründet. Daraus auch für die Prozeßvoraussetzungen Konsequenzen herzuleiten, erscheint nicht gerechtfertigt.

---

54) Vgl. z.B. Lüke, JuS 1961, 43; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I, S. 89.

55) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 28 II, S. 91 f.; Schunck-De Clerck, § 86 Anm. 1 a bb; Klinger, § 86 Fußnote 1 a. E.; Redeker-von Oertzen, § 86 Anm. 4; Menger, System, S. 82 und Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 435; Lüke, JuS 1961, 42; Bitter, BayVBl. 1958, 44; Baring, AöR 76, 455; Alfred Lang, BayVBl. 1958, 171.

Es zeigt sich hiernach, daß der Gegensatz Verhandlungsmaxime - Untersuchungsmaxime nur für die Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten, nicht aber für die Prozeßvoraussetzungen gilt, worauf auch schon Schultzenstein [56] hingewiesen hat. Auch in der vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 12 FGG) ist früher schon die Meinung vertreten worden, daß sich der Untersuchungsgrundsatz "nur auf die zur unmittelbaren Sachentschließung erforderliche Tatsachenfeststellung, nicht aber auf diejenigen Tatsachen beziehen (läßt), welche die Befugnis zu den den Privaten behufs Wahrnehmung ihres persönlichen Interesses freigestellten Verfahrenshandlungen ... ergeben, welche Tatsachen vielmehr von den Beteiligten dem Gericht ohne dessen Zutun darzulegen und unter Beweis zu stellen sind", [57] "weil die Ingangsetzung" des Verfahrens "der Privattätigkeit anheimgegeben und ein öffentliches Interesse, welches eine Rechtspflicht des Gerichts zu amtswegigen Ermittlungen zu rechtfertigen vermöchte, bei Erörterung dieser verfahrensrechtlichen Vorfrage nicht erfindlich ist". [58] Wo also im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht das Offizialverfahren, sondern das Antragsverfahren gilt, hat man auch dort die Untersuchungsmaxime nicht anwenden wollen. [59] Für den Zivilprozeß hat das Reichsgericht im Urteil vom 6. 3. 1922 [60] ausge-

---

56) ZZP 43, 312 f.

57) Unger, ZZP 39, 43.

58) Unger, ZZP 38, 509, ähnlich ZZP 37, 455 f. Vgl. weiter Josef, ZZP 42, 23; Rausnitz, § 12 Rdz. 4; Weißler, § 12 Anm. 1.

59) Dagegen aber z.B. Schlegelberger: diese Ansicht finde im Gesetz keine Stütze (§ 12 Anm. 4), und es fehle jeder innere Grund dafür, eine Ausnahme für das Verfahren bei der Zulässigkeitsprüfung zu machen (§ 25 Anm. 2).

60) RGZ 104, 155 (158).

sprochen, § 622 ZPO habe nur Entscheidungen in der Sache selbst im Auge, also auch hier die in dieser Vorschrift bestimmte Einschränkung der Parteiherrschaft nicht auf die Prozeßvoraussetzungen bezogen. [61]

Bettermann, der die Anwendung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß auch auf Prozeßvoraussetzungen zu rechtfertigen sucht, geht also von der unzutreffenden Prämisse aus, daß die Prüfung von Amts wegen auf der Verhandlungsmaxime beruhe; [62] er berücksichtigt hierbei nicht genügend, daß die Prüfung von Amts wegen auf einer anderen Ebene als die Verhandlungsmaxime liegt und daß auf dieser Ebene kein Unterschied zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß besteht.

Wegen der im Hinblick auf die Prozeßvoraussetzungen im Zivil- und Verwaltungsprozeß gleichen Situation kann die Maxime nur eine einheitliche sein. Man könnte allenfalls erwägen, die nach der herrschenden Meinung im Verwaltungsprozeß geltende Maxime auf den Zivilprozeß zu übertragen. Als Begründung könnte man dafür anführen, daß das Prozeßrecht wie das im Verwaltungsprozeß zu beurteilende materielle Recht öffentliches Recht sei. Das ist richtig insoweit, als ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Normen der Prozeßordnungen besteht. Aber darum handelt es sich hier nicht, sondern darum, ob ein gesetzlich zulässiger Rechtsbehelf auch durchgeführt werde. [63] Das ist aber, wie ausgeführt, den Parteien überlassen, und deshalb ist es ihnen auch überlassen, die gesetzlichen Voraussetzungen eines von ihnen ergriffenen Rechtsbehelfs darzutun. [64]

---

61) Ebenso Wieczorek, § 622 Anm. A; anders aber Rimmelspacher, S. 153.

62) Bedenklich deshalb auch Buchholz, JW 1937, 2745, der die Prüfung von Amts wegen als einen Unterfall der Verhandlungsmaxime bezeichnet.

63) Vgl. v. Weber, ZZP 57, 94 Fußnote 10.

64) v. Weber, a.a.O.

Zugleich ist aber auch gezeigt, daß hinsichtlich der Rechtsweg- und Zuständigkeitsvoraussetzungen die Prüfung von Amts wegen, nicht aber etwa die Instruktionsmaxime, bei der die Parteien keine Beweisführungslast haben, zu gelten hat.

D. Ergebnis

Als Ergebnis kann also festgehalten werden:
Die Rechtsweg- und Zuständigkeitsvoraussetzungen sind im Zivil- wie im Verwaltungsprozeß von Amts wegen zu prüfen. Die Prüfung von Amts wegen bedeutet, daß es den Parteien überlassen ist, die Tatsachen und in gewissem Umfang auch die Beweismittel in den Prozeß einzuführen, daß sie jedoch keine Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Beweisbedürftigkeit besitzen. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime betreffen demgegenüber allein die Sachentscheidung.

E. Das Beweisverfahren

Hinsichtlich des Beweisverfahrens steht die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß die Vorschriften des normalen Beweisverfahrens auf die Prozeßvoraussetzungen nicht anwendbar seien; die Prozeßvoraussetzungen sollen vielmehr dem sog. Freibeweis unterliegen.[65)]

---

65) v. Weber, ZZP 57, 97 f.; Schwinge, S. 170 f.; Schönke-Schröder-Niese, § 56 III, S. 255 und § 62 II, S. 274; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 274 Anm. I 3, § 282 Anm. V und Vorbem III 1 vor § 355; Rosenberg, § 63 IV 2 c, S. 300; Nikisch, § 84 I 3, S. 329; Baumbach-Lauterbach, Einf 2 B c vor §§ 282-294; Eyermann-Fröhler, 7 vor § 81; Sauer, Grundlagen, S. 414 ff., Prozeßrechtslehre, S. 197; BGH, Urteil vom 12.1.1951, LM Nr. 1 zu § 56 ZPO mit zust. Anm. von Pritsch = NJW 1951, 441; BAG, Urteil vom 6.5.1958, BAG 6, 76 (80) = NJW 1958, 1699 (1700); OLG Neustadt, Urteil vom 21.11.1952, ZZP 66, 58 (59). A.A. Wieczorek, § 275 Anm. A II b; R. Schmidt, S. 666. Unzutreffend ist es, wenn Blomeyer, § 14 a.E., S. 71, RGZ 160, 338 (346) für den Freibeweis zitiert. Das Reichsgericht sagt hier nur, daß die Beweismittelbeschränkung d e s W e c h s e l p r o z e s s e s nicht für die von Amts wegen zu

Alle von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen, also auch Rechtsweg- und Zuständigkeitsvoraussetzungen, sollen im Freibeweisverfahren festzustellen sein. [66] Nach dem Vorbild des Strafprozesses sieht man in der Entscheidung in der Hauptsache das Kernstück des Prozesses, das allein der besonderen Garantien des normalen Beweisverfahrens, des sog. Strengbeweises, bedürfe. [67] Nach dem Freibeweisverfahren ist der Beweis nicht notwendig mit den Mitteln und in den Formen des normalen Beweisverfahrens zu führen: [68] Der Freibeweis braucht nicht in einem förmlichen Beweisverfahren erhoben zu werden und ist nicht auf die gesetzlich geregelten Beweismittel beschränkt. Den Grundsatz der Unmittelbarkeit braucht das Gericht nicht zu beachten. Wegen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs hat das Gericht jedoch dann die Parteiöffentlichkeit zu wahren, wenn es, was in seinem Ermessen steht, die Beweisaufnahme selbst durchführt. [69]

Während der Strengbeweis in einem gesetzlich geregelten Verfahren durch Verwertung bestimmter Beweismittel dem Gericht die volle Überzeugung von der Richtigkeit einer tatsächlichen Behauptung zu verschaffen sucht, die Glaubhaftmachung hin-

---

prüfenden Prozeßvoraussetzungen gelte, da eine beschränkte Nachprüfung mit ihrer unbedingten Natur nicht vereinbar sei; nicht aber sagt das Reichsgericht, daß Erleichterungen gegenüber dem normalen Verfahren vorgesehen seien.

66) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 1 vor § 355; Schönke-Schröder-Niese, § 62 II, S. 274; Baumbach-Lauterbach, Einf 2 B c vor §§ 282-294; Rosenberg, § 63 IV 2 c, S. 300 und § 111 I 2 c, S. 539. Mitunter wird der Freibeweis auch auf von Amts wegen zu ermittelnde Tatsachen, wie z.B. die Exterritorialität, ausgedehnt, so insbesondere Nikisch, § 84 I 3, S. 329.

67) v. Weber, ZZP 57, 97; Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 197.

68) Vgl. hierzu Peters, S. 184 ff. und S. 196 und die in Fußnote 65 genannten Autoren.

69) Peters, S. 186 ff. und S. 196. Zum Freibeweisverfahren im einzelnen vgl. Peters, S. 185 f.; Rosenberg, § 63 IV 2 c, S. 300; Schönke-Schröder-Niese, § 62 II, S. 274; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, III 1 vor § 355, § 282 Anm. VI 2.

gegen in einem formlosen Verfahren einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit anstrebt, soll der Freibeweis im formlosen Verfahren die volle richterliche Uberzeugung herbeiführen;[70] er gleicht danach im Beweiserfolg dem Strengbeweis, im Beweisverfahren der Glaubhaftmachung. Peters [71] hat jedoch nachgewiesen, daß diese Abgrenzung des Freibeweises lediglich in der Theorie plausibel erscheint, da infolge des formlosen Beweisverfahrens ein dem Strengbeweis ebenbürtiger Beweiserfolg nicht gesichert ist; Strengbeweis und Freibeweis unterscheiden sich danach nicht allein im Beweisverfahren, sondern auch im Beweiserfolg. "Jede Auflockerung der Prinzipien des Beweisverfahrens führt zwangsläufig zu einer nachlässigen Durchführung und somit zu minder zuverlässigen Beweisergebnissen. Beweiserfolg und Beweisverfahren stehen also in engem inneren Zusammenhang. Bei der Glaubhaftmachung läßt sich, da nur ein geringerer Beweiserfolg erstrebt wird, auf die Formprinzipien des Verfahrens ohne Bedenken verzichten (vgl. § 294 ZPO). Zur vollen Überzeugung des Gerichts ist im allgemeinen ein formgebundenes Beweisverfahren notwendig. Wer glaubt, Beweisverfahren und Beweiserfolg beliebig trennen zu können, reißt Zusammengehöriges auseinander. Es ist widersprüchlich, einerseits vollen Beweis zu verlangen, andererseits jegliche Verfahrensform preiszugeben. In einzelnen, nicht einmal seltenen Fällen mag der Freibeweis zu vollwertigen Ergebnissen führen. In seiner Gesamtheit hingegen ist er dem Strengbeweis nicht ebenbürtig, sondern tendiert auch im Beweiserfolg zur Glaubhaftmachung." [72]

Die herrschende Ansicht, die die Prozeßvoraussetzungen dem Freibeweisverfahren unterstellt, hat Peters einer eingehenden

---

70) Schönke-Schröder-Niese, § 56 III, S. 255; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 282 Anm. V; Peters, S. 65 f., 191 f.

71) S. 96 ff. und S. 194.

72) Peters, S. 105.

Kritik unterzogen. Soweit er sich gegen die Auffassung wendet, nach der Freibeweis für die von Amts wegen zu beachtenden Punkte gelten soll und er dies für die von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen mit dem Hinweis darauf widerlegen will, daß im Eheverfahren hinsichtlich der von "Amts wegen zu prüfenden 'ehefeindlichen'" und "der von Amts wegen zu ermittelnden 'ehefreundlichen'" Tatsachen (§ 622 ZPO) nicht zwei verschiedene Arten von Beweisregeln gelten könnten, [73] vermag dieser Hinweis allerdings nicht durchzuschlagen; denn im Eheverfahren gilt die Prüfung von Amts wegen hinsichtlich der materiell erheblichen Tatsachen nicht, vielmehr gilt für die ehefreundlichen Tatsachen die Untersuchungsmaxime, für die ehefeindlichen Tatsachen hingegen die Instruktionsmaxime. [74] Zutreffend ist jedoch an dieser Kritik der Gedanke, daß aus den Stoffsammlungsgrundsätzen, die lediglich das Initiativ- und Dispositionsproblem betreffen, wer für die Beibringung des Prozeßstoffs verantwortlich ist und die Beweisbedürftigkeit bestimmt, nichts für die Frage nach der Art der Beweisaufnahme herzuleiten ist. [75]

Peters wendet sich sodann gegen die Ansicht, die das normale Beweisverfahren nach dem Vorbild des Strafprozesses nur für die materiell erheblichen Tatsachen, nicht aber für die prozessual bedeutsamen Tatsachen gelten lassen will. [76] Er scheidet diese Auffassung von der, die den Freibeweis auf die von Amts wegen zu beachtenden Punkte anwenden will. Die

---

73) S. 74 ff. und S. 192. Dazu, daß das Freibeweisverfahren nicht für die von Amts wegen zu ermittelnden Tatsachen gilt, s. Peters, S. 73 f.

74) Vgl. oben S. 155. Fußnote 41.

75) Vgl. Peters, S. 73, 192 f.

76) S. 77 ff.

deutliche Trennung in zwei verschiedene Theorien [77] erscheint verständlich, wenn man sich vor Augen hält, daß die Prüfung von Amts wegen nach Peters auch materiell erhebliche Tatsachen, nämlich im Eheprozeß, erfassen kann. Da diese Tatsachen jedoch einer anderen Maxime zuzuordnen sind, besteht ein derartiger Theorienunterschied in Wirklichkeit nicht. Vielmehr handelt es sich nur um zwei Seiten derselben Sache, einmal um den Stoffsammlungsgrundsatz als solchen, zum anderen um dessen Gegenstand, da die Prüfung von Amts wegen nur Zulässigkeitsvoraussetzungen (Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßhandlungsvoraussetzungen) betrifft. Der Kritik Peters' an der herrschenden, den Freibeweis für die Prozeßvoraussetzungen lehrenden Ansicht ist jedoch zuzustimmen. Mit Recht erhebt Peters ihr gegenüber den Vorwurf, sie orientiere sich an abstrakt-formalen Kriterien statt an konkret-funktionalen und messe den qualitativen Unterschieden zwischen den einzelnen Beweisverfahren nicht das gebührende Gewicht zu. [78] Ist zwar das eigentliche Ziel des Prozesses die Entscheidung in der Sache selbst und sind die prozessualen Vorschriften der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen bestimmt, so können doch im Einzelfall prozessuale Fragen in den Mittelpunkt rücken. [79] Diesen Fällen wird aber der angebliche Zweck des Freibeweises nicht gerecht. Sieht man diese Fälle unter dem Blickpunkt der Ausführungen Peters' über die geringere Qualität des Freibeweises gegenüber dem Strengbeweis, [80] so erscheint es in der Tat gerechtfertigt, nicht zwischen materiell und prozessual erheblichen Tatsachen zu

---

77) Vgl. Peters, S. 72 ff. einerseits und S. 77 ff. andererseits, S. 134 und S. 192 f.

78) S. 84 und 109.

79) Darauf weist Peters, S. 84 und S. 193, zutreffend hin.

80) S. 96 ff.

scheiden, sondern mit Peters den Freibeweis nur dort zuzulassen, "wo in einem Verfahren über einen für die Endentscheidung gänzlich irrelevanten Punkt eine Nebenentscheidung zu fällen ist". [81]

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird es zu einer Beweisaufnahme überhaupt nicht kommen. [82] Nur wenn Anhaltspunkte für einen Mangel vorhanden sein sollten, wird das Gericht auf seine Bedenken aufmerksam machen und Nachweise erfordern. In diesen Fällen wird sich die zulässigkeitsbegründende Tatsache als für die Entscheidung erheblich erweisen, und es ist nicht einzusehen, weshalb hier nicht der gleiche Beweiserfolg wie sonst verlangt werden soll. Allein hier wird die Frage nach dem Beweisverfahren aktuell, und man kann sich nicht deshalb mit einem geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen, weil es in den meisten Fällen überhaupt nicht zu einem Beweisverfahren kommt. Aus diesem Grunde führt die Ablehnung des Freibeweises auch nicht etwa zu einer uferlosen Ausweitung der Beweisverfahren. [83] Im übrigen eröffnen auch - wie Peters [84] überzeugend dargetan hat - die geltenden gesetzlichen Bestimmungen (§§ 375 Abs. 1 Nr. 3, 377 Abs. 3 und 4 ZPO) im Einzelfall Möglichkeiten zu einer elastischen Handhabung der Formprinzipien.

Nach alledem ist festzustellen, daß der herrschenden Meinung, die für die Prozeßvoraussetzungen das Freibeweisverfahren gelten lassen will, nicht zu folgen ist. Auch für Prozeßvoraussetzungen ist am normalen Beweisverfahren festzuhalten. [85]

---

81) A.a.O., S. 195; ebenso S. 110 und passim. Darüber, daß ähnliche Kriterien der Glaubhaftmachung als besonderer Beweiskategorie zugrunde liegen, s. Peters, S. 67 ff. (besonders S. 71 f.) und S. 84 f. Siehe auch dort S. 81 ff. (83) dazu, daß wegen der andersartigen Struktur des Zivilprozesses die Grundsätze des Strafprozesses nicht ohne weiteres übertragen werden können (vgl. auch a.a.O., S. 65).

82) Vgl. Peters, S. 114; Lent-Jauernig, § 33 V 2, S. 94.

83) Zutreffend Peters, S. 114.

84) S. 112 ff.

85) Vgl. auch Rimmelspacher, S. 171 ff., auf den auch im übrigen zur Vertiefung und zu weiteren im Rahmen der Prüfung von Amts wegen aufgeworfenen Fragen verwiesen sei.

Zusammenfassung der Ergebnisse

In Fällen sich gegenseitig ausschließender Rechtsverhältnisse ist die Zuständigkeit eines Gerichts gegeben, wenn wirklich ein Rechtsverhältnis vorliegt, das der Beurteilung des angegangenen Gerichts unterliegt, was gegebenenfalls durch Beweisaufnahme festzustellen ist.

Handelt es sich dagegen nicht um Fälle einander ausschließender Rechtsverhältnisse, ist die Zuständigkeit, soweit sie sich nach Art oder Umfang des erhobenen Anspruchs richtet, mit der Erhebung eines derartigen Anspruchs gegeben. Hierfür ist eine schlüssige Qualifizierung des Anspruchs erforderlich, nicht aber die Schlüssigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen. Ergibt sich die Zuständigkeit dagegen nur aus einer besonderen Beziehung zu dem Gericht oder seinem Bezirk, die außerhalb der anspruchsbegründenden Tatsachen liegt, dann ist diese gegebenenfalls zu beweisen.

Für die Rechtswegprüfung gelten die gleichen Grundsätze wie für die Zuständigkeitsprüfung.

Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs sind bei allen Gerichtszweigen von Amts wegen zu prüfen. Die Prüfung von Amts wegen, die als Stoffsammlungsgrundsatz neben Verhandlungs-, Untersuchungs- und Instruktionsmaxime steht, bedeutet, daß den Parteien die Einführung von Tatsachen und in gewissem Umfang auch von Beweismitteln in den Prozeß obliegt, daß ihnen jedoch die Verfügungsbefugnis über die Beweisbedürftigkeit nicht zusteht. Das Gericht hat auf die Bedenken, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen, aufmerksam zu machen und veranlaßt dadurch die Partei, die am Erlaß des Sachurteils ein Interesse hat,

zur Aufstellung der erforderlichen Behauptungen und zur Beschaffung der erforderten Nachweise.

Das Beweisverfahren über zulässigkeitsbegründende Tatsachen unterscheidet sich nicht vom Beweisverfahren über anspruchsbegründende Tatsachen: in beiden Fällen gilt der sog. Strengbeweis.

Literaturverzeichnis

Bachof, Otto: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 378.

Baring, Martin: Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit, AöR 76 (1950/51), 435.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 29. Auflage, München und Berlin 1966.

Baumgärtel, Gottfried: Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt a. M., 1957.

- Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen, ZZP 73 (1960), 387.

Berg, Hans: Einige Probleme zum Aufbau von Sachbericht und Gutachten, JR 1951, 612.

- Gutachten und Urteil, Stuttgart Düsseldorf 1963.

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961.

Bernhardt, Wolfgang: Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München und Berlin 1949, S. 9 ff.

Bettermann, Karl August: Gewerberechtliche Nachbarklage? NJW 1961, 1097.

- Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Band II, Karlsruhe 1963, S. 449 ff.

Birkmeyer: Das Offizialverfahren im Civilprozess, ZZP 7 (1884), 155, 375.

Bitter, Georg: Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, BayVBl. 1958, 41.

Blomeyer, Arwed: Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand, in: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin und Frankfurt a. M. 1955, S. 51 ff.

- Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß, in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957, S. 43 ff.

- Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin Göttingen Heidelberg 1963.

Bötticher, Eduard: Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Inzidentkontrolle der Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte, DVBl. 1950, 321.

- Reformatio in peius und Prozeßurteil, ZZP 65 (1952), 464.

- Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1954.

- Zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit und deren Prüfung im Prozeß, ZZP 72 (1959), 44.

- Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 511 ff.

- Die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit und deren Prüfung, Mitt. d. dt. ArbGerVerb. 1961 Nr. 21, S. 2.

Boor, Hans-Otto de: Rechtsstreit, einschließlich Zwangsvollstreckung, Berlin 1940.

Brauer, Helmuth: Materiellrechtliche Einreden des Beklagten im Gutachten und Urteil, NJW 1956, 740.

Brauer, Helmuth - Schneider, Egon: Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1963.

Bruck, Ernst - Möller, Hans: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes, Erster Band, 8. Auflage, Berlin 1961.

Buchholz: Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im geltenden und künftigen Zivilprozeßrecht, JW 1937, 2745.

Dapprich, Gerhard: Das sozialgerichtliche Verfahren, Köln Berlin 1959.

Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1955.

Dietz-Nikisch: Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954.

Dyroff, Anton: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7. Auflage, Ansbach 1928.

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Auflage, München und Berlin 1965.

Felix, Günther: Zur Frage der Erweiterung eines Rechtswegs durch bindende, aber unrichtige Verweisung an ein Gericht der Nachbargerichtsbarkeit, JZ 1959, 656.

Fischer, W.: Der Streitgegenstand, ZZP 57 (1933), 340.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Erster Band, 3. Auflage, Berlin 1913.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966.

Gros: Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, Arbeitsrecht-Blattei, Arbeitsgerichtsbarkeit V B.

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1958.

Habscheid, Walther J.: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.

Hellwig, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Zweiter Band, Leipzig 1907.

- System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912.

Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961.

Hoffmann, Heinrich: Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, Ein Beitrag zur Auslegung des § 42 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung, VerwArch. 53 (1962), 297.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1963.

Jaeger: Die Kaufmannsgerichte, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 40.

Jesch, Dietrich: Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956.

Josef, Eugen: Der Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen und auf Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 42 (1912), 21.

Kayser-Leiß: Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Auflage, München und Berlin 1958.

Kisch, W.: Schiedsvertrag bei ungültigem Hauptvertrag, Judicium 1931, 53.

Klinger, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, Göttingen 1964.

Knapp, Joachim: Handelsvertretergesetz, Frankfurt/Main 1953.

Koehler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a. M. 1960.

Kohler, J.: Klagebehauptung, Competenz, Forum contractus, AcP 70 (1886), 212.

- Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, Gruchot 31 (1887), 481.

- Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, Berlin 1894.

Lang, Alfred: Verzicht und Anerkenntnis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, BayVBl. 1958, 170.

Lang, Arno: Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 52 (1961), 60 und 175.

Lent, Friedrich: Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72 (1959), 63.

Lent-Jauernig: Zivilprozeßrecht, ein Studienbuch, 12. Auflage, München und Berlin 1965.

Lerche, Peter: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin Köln 1953.

- Die Rechtswegproblematik und die Beratungen zu einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, JZ 1953, 212.

- Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl. 1955, 283.

Lüke, Gerhard: Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84 (1959), 185.

- Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41.

Mang, Johann (Hrsg.): Verwaltungsrecht in Bayern, Band I, München 1951.

Maunz, Theodor - Schraft, Hans: Die Sozialversicherung und ihre Selbstverwaltung, Kommentar, Berlin Bielefeld, Lfg. 82, Stand Dezember 1966.

Mayer, Paul: Zur Lehre vom Gerichtsstande des Erfüllungsortes, ZZP 14 (1890), 241.

Meisner-Stern-Hodes: Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 4. Auflage, Berlin 1964.

Menger, Christian-Friedrich: System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.

- Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Band II, Karlsruhe 1963, S. 427 ff.

Neumann-Duesberg: Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO), NJW 1955, 696.

Nikisch, Arthur: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen 1935.

- Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952.

Pagenstecher: Ein Fall aus der Praxis: Replicatio doli gegenüber der exceptio rei judicatae? - Die Prüfung der Zuständigkeitstatsachen, JR 1926, 729.

Peters, Egbert: Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, Köln und Berlin 1962.

Peters, Horst - Sautter, Theodor - Wolff, Richard: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Auflage, Januar 1967.

Petersen: Ueber den Beweis der Tatsachen, welche die Zuständigkeit des Gerichts begründen, Gruchot 37 (1893), 1.

Petersen-Remelé-Anger: Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen, I. Band, 5. Auflage, Lahr 1904.

Pfennigstorf, Werner: Umfang und Grenzen des sozialen Schutzes für arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter, Diss. Hamburg 1959.

Rausnitz, Julius: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 und das Preußische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899, Berlin 1900.

Redeker, Konrad - von Oertzen, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, Stuttgart 1965.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, III. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959.

Rimmelspacher, Bruno: Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966.

Rohwer-Kahlmann, Harry: Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz (SGG), Bad Godesberg, 4. Aufl. einschl. 13. Lfg. Februar 1967.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961.

- Die Beweislast, 5. Auflage, München und Berlin 1965.

Rupp, Hans Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), 149.

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1929.

- Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin Detmold Köln München 1951.

Schiedermair, Gerhard: Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935.

Schlegelberger, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erster Band, §§ 1 - 124, 7. Auflage, Köln Berlin 1956.

Schmidt, Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906.

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954.

Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.

Schröder, Georg: Recht der Handelsvertreter, Sonderdruck aus Schlegelberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1961.

Schröder, Horst: Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozeß mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf die neue italienische Zivilprozeßordnung, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 16 (1942), 168.

Schrödter, Hans: Die verwaltungsrechtliche Entscheidung, 2. Auflage, Düsseldorf 1965.

Schultzenstein, Max: Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten, ZZP 43 (1913), 301.

Schunck-De Clerck: Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und den Ausführungsgesetzen der Länder, Kommentar, Siegburg 1961.

Schwinge, Erich: Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Auflage, Bonn 1960.

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erster Band, 12. Auflage, München und Berlin 1932.

Seydel, Max von: Bayerisches Staatsrecht, Erster Band, 2. Auflage, Freiburg i. B. 1896.

Seydel-Graßmann-Piloty: Bayerisches Staatsrecht, Erster Band: Die Staatsverfassung, bearbeitet von Piloty, Tübingen 1913.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1959.

Staudinger: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, III. Band, 1. Teil, §§ 854 - 1017, 11. Auflage, Berlin 1956.

Stein, Friedrich: Zur Lehre vom forum contractus, Gruchot 28 (1884), 406.

- Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893.

- Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Hermann Fitting zum 27. Oktober 1902, Halle 1903.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Erster Band, Tübingen 1953, Zweiter Band, 1956;
19. Auflage, Erster Band, Lieferung 1 und 2 1964, Lieferung 3 1965, Lieferung 4 1967.

Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928.

Sydow-Busch-Krantz-Triebel: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Erster Band, Einführungsgesetz und Zivilprozeßordnung §§ 1 - 703, 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1941.

Thomas-Putzo: Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, München und Berlin 1965.

Tiedau, Erwin: Streitgegenstand und Zulässigkeit des Rechtsweges, ZZP 64 (1950-51), 204.

- Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, insbesondere die Erschleichung des Rechtsweges durch Einkleidung eines öffentlichrechtlichen Anspruchs in die Form eines Anspruches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Zur Frage der Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung, ZZP 64 (1950-51), 407.

- Ordentlicher Rechtsweg, Konfliktserhebung und Amtshaftungsklage, (Insbesondere zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone), JR 1951, 518.

Trinkhaus, Hans: Arbeitsrechtliche Probleme des Handelsvertreterrechts, RdA 1958, 11.

Turegg, Kurt Egon von - Kraus, Erwin: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin 1962.

Ule, Carl Hermann: Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl. 1954, 137.

- Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln Berlin 1962.

- Verwaltungsprozeßrecht, ein Studienbuch, 4. Auflage, München und Berlin 1966.

Unger, A.: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht,
ZZP 37 (1908), 401;
ZZP 38 (1909), 501;
ZZP 39 (1909), 40.

Volkmar, E.: Inwieweit hat das Arbeitsgericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit lediglich von dem Vortrag des Klägers auszugehen? RdA 1950, 15.

Weber, H. von: Die Prüfung von Amts wegen, ZZP 57 (1933), 91.

Weimar, Wilhelm: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des neuen Handelsvertreterrechtes, AuR 1954, 15.

Weißler, Adolf: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, Berlin 1900.

Weizsäcker, Hugo: Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift, Ein Beitrag zur Lehre vom Prozessrechtsverhältnis und von den Prozessvoraussetzungen, ZZP 27 (1900), 20.

Werner, Fritz: Die jüngere Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Zulässigkeit des Rechtswegs, VerwArch. 43 (1938), 47.

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Berlin 1957/58.

Zeuner, Albrecht: Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Auflage, München 1958.

Lebenslauf

Am 6. März 1936 wurde ich als Sohn des Bäckermeisters Helmut Dörner und seiner Ehefrau Charlotte geb. Hoche in Berlin geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Volksschulbesuch von 1942 bis 1946 besuchte ich ab 1946 die Pasteurschule, die spätere Käthe-Kollwitz-Schule, in Berlin-Prenzlauer Berg, an der ich im Jahre 1953 die Reifeprüfung ablegte. Nach der Ableistung des 13. Schuljahres und einer Ergänzungs-Reifeprüfung an der Lessingschule in Berlin-West nahm ich im Wintersemester 1954/55 das Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin auf. Im Oktober 1959 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab. Im Februar 1960 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst in Berlin. Im Sommer 1960 siedelte ich nach Hannover über, wo ich im Januar 1964 die große juristische Staatsprüfung bestand. An der Georg-August-Universität Göttingen studierte ich in den Sommersemestern 1962 und 1964 als Gasthörer. Seit Dezember 1964 bin ich als Regierungsassessor, seit Dezember 1967 als Regierungsrat bei der niedersächsischen Steuerverwaltung tätig.

Bönecke-Druck - Clausthal-Zellerfeld 29